

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Ciclo XXII

Settore/i scientifico-disciplinare/i di afferenza: IUS 14

**‘I principi generali della politica energetica
europea’**

Presentata da: Marco Lombardo

Coordinatore Dottorato

Relatore

**Chiar.mo Prof.
Lucia Serena Rossi**

**Chiar.mo Prof.
Attila Tanzi**

Tesi in cotutela tra l'Università di Bologna e l'Università di
Strasburgo

Esame finale anno 2010

Introduzione

CAPITOLO I

LE FONTI DEL DIRITTO EUROPEO DELL'ENERGIA

SEZIONE I. PROFILI GENERALI DEL DIRITTO EUROPEO DELL'ENERGIA.

– 1. I principi generali del diritto europeo dell'energia. – 2. La dimensione interna. – 3. La dimensione ambientale. – 4. La dimensione esterna.

SEZIONE II – LA LENTA EVOLUZIONE DEL DIRITTO EUROPEO DELL'ENERGIA: DAL 'PARADOSSO ENERGETICO' AL TRATTATO DI LISBONA.

– 1. Il quadro storico della politica energetica europea ed il 'paradosso dell'energia'. – 2. Il Trattato C.E.C.A. – 3. Il Trattato Euratom. – 4. Le fonti del diritto europeo dell'energia. – 5. La natura concorrente della competenza sull'energia ai sensi dell'art. 4 lett. i) TFUE. – 6. L'art. 194 del Trattato di Lisbona.

CAPITOLO II

LA DIMENSIONE INTERNA DELLA POLITICA ENERGETICA EUROPEA: ENERGIA, MERCATO INTERNO E CONCORRENZA

SEZIONE I – IL MERCATO INTERNO DELL'ENERGIA.

– 1. La qualificazione giuridica dell'energia come merce. – 2. L'energia come servizio. – 3. La prima fase delle liberalizzazioni: l'apertura dei mercati nazionali alla libera concorrenza. – 3.1. *La creazione di nuovi impianti.* – 3.2. *Accesso alla rete.* – 3.3. *Il principio di separazione: natura e funzioni.* – 3.4. *Obblighi di servizio pubblico.* – 4. La seconda fase delle liberalizzazioni: verso il mercato interno dell'energia. – 5. Il principio del libero accesso alla rete. – 6. Il principio di separazione e le sue tipologie. – 6.1. *La separazione contabile.* – 6.2. *La separazione amministrativa.* – 6.3. *La separazione legale* – 7. Il principio della libera scelta dei fornitori da

parte degli utenti finali. – 8. L’attuazione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE. – 9. Verso la terza fase di liberalizzazione dei mercati dell’elettricità e del gas ? – 10. La legislazione procedurale ed il sistema di regolamentazione *multilevel*: il concerto regolamentare europeo dell’energia.

SEZIONE II – LA CONCORRENZA NEI MERCATI DELL’ENERGIA.

– 1. Introduzione. – 2. I mercati dell’energia elettrica e del gas. – 2.1. *Il mercato merceologico rilevante dell’elettricità.* – 2.2. *Il mercato geografico rilevante dell’elettricità.* – 2.3. *Il mercato merceologico rilevante del gas.* – 2.4. *Il mercato geografico rilevante del gas.* – 3. L’articolo 101 TFUE nel settore dell’energia. – 3.1. *Le restrizioni orizzontali.* – 3.2. *Le restrizioni verticali.* – 4. Gli accordi di fornitura di lunga durata. – 5. L’abuso di posizione dominante nei mercati dell’energia. – 5.1. *L’ inquadramento teorico dell’articolo 102 TFUE nell’energia.* – 5.2. *Prassi applicativa alle imprese energetiche.* – 5.3. *Prezzi sottocosto, prezzi eccessivi e prezzi discriminatori.* – 5.4. *La vendita collegata di elettricità e gas.* – 5.5. *Altre ipotesi di violazione dell’articolo 102 TFUE.* – 6. La disciplina degli aiuti di Stato nell’energia. – 6.1 *Gli aiuti di Stato nel Trattato CECA.* – 6.2. *Gli aiuti di Stato nel Trattato Euratom.* – 6.3. *Gli aiuti di Stato in materia di energia nel TFUE.* – 6.4. *La giurisprudenza della Corte sugli aiuti di Stato nel settore energetico.* – 6.5. *L’applicazione delle deroghe di cui all’articolo 107 , par. 3,TFUE ai mercati energetici.* – 6.6. *Gli aiuti di Stato e le misure a tutela dell’ambiente nei mercati energetici.* – 6.7. *Gli aiuti di Stato e le misure di reintegrazione dei costi non recuperabili dell’elettricità.* – 6.8. *Gli aiuti di Stato e gli aiuti alla ricerca energetica.* – 7. Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale e applicabilità dell’art. 106, par. 2, TFUE, nell’energia. – 7.1. *Il processo di liberalizzazione dei servizi energetici e la normativa settoriale sugli obblighi di servizio pubblico: dall’eccezione alla regola.* – 7.2. *Rapporto tra le norme settoriali sugli obblighi di servizio pubblico e l’articolo 106, par. 2, TFUE.* – 7.3. *La giurisprudenza sui SIEG nell’energia.* – 7.4. *Alcune considerazioni (non) conclusive sui SIEG nell’energia.*

CAPITOLO III

LA DIMENSIONE AMBIENTALE DELLA POLITICA ENERGETICA EUROPEA

SEZIONE I. LA DISCIPLINA EUROPEA ED INTERNAZIONALE SULLA LOTTA AI CAMBIAMENTI CLIMATICI

1. Introduzione. – 2. Il principio di integrazione delle politiche ambientali e sue applicazione nel campo dell'energia. – 3. Il principio dello sviluppo sostenibile in ambito energetico. – 3.1. *La normativa europea sul risparmio energetico.* – 3.2. *La 'generazione distribuita' di energia.* – 4. Brevi cenni sulla normativa internazionale in materia di lotta ai cambiamenti climatici. – 5. Il diritto europeo sui cambiamenti climatici: la direttiva 2003/87/CE. – 5.1. *L'incerta natura giuridica delle quote di emissione.* – 5.2. *La normativa nazionale di attuazione.* – 5.3. *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla direttiva ETS.* – 6. Una valutazione della normativa sui cambiamenti climatici tra (poche) luci e (molte) ombre. – 7. Le prospettive di revisione della normativa europea alla luce del negoziato internazionale di Copenaghen.

SEZIONE II. DISCIPLINA EUROPEA SULLE FONTI RINNOVABILI

1. Introduzione. – 2. La direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso di energia da fonti rinnovabili. – 2.1. *Il mercato delle 'garanzie di origine' ed i meccanismi flessibili.* – 2.2. *L'evoluzione della normativa europea sulle fonti rinnovabili: alcuni rilievi critici.* – 3. Il problema della sovranità degli Stati sulla scelta del *mix* energetico. – 4. Simmetrie e frammentarietà tra la disciplina delle energie rinnovabili e la lotta ai cambiamenti climatici.

CAPITOLO IV

LA DIMENSIONE ESTERNA DELLA POLITICA ENERGETICA EUROPEA

SEZIONE I – LA COMPETENZA DELL’UNIONE EUROPEA IN TEMA DI SICUREZZA DELL’APPROVVIGIONAMENTO ENERGETICO

1. Introduzione. – 2. La nozione di sicurezza energetica: problemi definitori. – 3. La competenza dell’Unione sulla sicurezza dell’approvvigionamento energetico. – 3.1. *La dimensione interna della sicurezza energetica alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia.* – 3.2. *L’impatto della legislazione europea relativa ai mercati interni dell’elettricità e del gas sulla sicurezza dell’approvvigionamento energetico.* – 3.3. *La sicurezza delle reti.* – 3.4. *La dimensione interna della sicurezza degli approvvigionamenti energetici: alcune considerazioni.* – 4. La dimensione esterna della sicurezza energetica. – 4.1. *L’azione esterna dell’Unione nel settore dell’energia.* – 4.2. *La competenza (implicita) esterna dell’Unione a concludere accordi internazionali in tema di energia.* – 4.3. *La ripartizione della competenza esterna tra l’Unione e gli Stati membri sulla sicurezza dell’approvvigionamento energetico.* – 5. L’impatto del Trattato di Lisbona sulla competenza esterna dell’Unione sulla sicurezza dell’approvvigionamento energetico.

SEZIONE II – LA COOPERAZIONE INTERNAZIONALE IN TEMA DI SICUREZZA ENERGETICA

1. Il principio dell’interdipendenza energetica e la cooperazione internazionale sulla sicurezza energetica. – 2. Gli accordi internazionali sull’energia. – 2.1. *L’accordo Energy Star.* – 2.2. *Il Trattato sulla Carta dell’energia.* – 2.2.1. *Gli obblighi del Trattato sulla Carta dell’energia rilevanti per la sicurezza energetica.* – 2.2.2. *Il sistema di risoluzione delle controversie.* – 2.2.3. *La diretta applicabilità delle norme del Trattato sulla Carta dell’energia alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia.* – 3. La sicurezza energetica nell’ambito delle relazioni tra l’Unione e la Russia. – 3.1. *La relazione energetica tra l’Unione e la Russia nel contesto della cooperazione internazionale.* – 3.2. *Il ‘dialogo energetico’ tra l’Unione e la Russia.* – 4. Natura ed effetti della ‘*clausola di solidarietà*’ in tema di sicurezza energetica. – 5. Alcune considerazioni (non) conclusive.

CONCLUSIONI

Introduzione.

Il concetto di energia è giuridicamente indeterminato, linguisticamente poliedrico e non univoco. La scienza giuridica non ha elaborato una definizione autonoma di energia, preferendo ricavarne il contenuto dalle scienze naturali che designano con il termine '*energia*' un coacervo di elementi e relazioni, sia statiche che dinamiche.

La nozione di energia risulta refrattaria ad una definizione unitaria che voglia essere ad un tempo esaustiva e non generica: allo stesso modo, la disciplina normativa tende a riservare all'energia poche disposizioni di carattere generale, pur dedicando alla materia regolamentazioni specifiche particolarmente tecniche e minuziose.

In questa prospettiva, il primo problema del giurista nell'individuare i principi generali della politica energetica europea si lega, indissolubilmente, alla delimitazione della competenza normativa dell'Unione in ambito energetico.

L'esercizio della competenza sull'energia è da sempre un elemento fondamentale della politica economica ed industriale di uno Stato; nel campo delle relazioni europee ed internazionali, essa assume un connotato ancora più decisivo, in quanto diviene un elemento di stabilizzazione e di mantenimento della pace, nonché uno strumento strategico per assicurare la competitività dei sistemi economici.

Analizzare la dimensione giuridica della politica energetica europea vuol dire filtrare, dall'insieme eterogeneo di elementi che riguardano la regolamentazione dell'energia, solo quegli aspetti che hanno un impatto, diretto o indiretto, sul diritto dell'Unione.

Lo scopo del presente lavoro sarà quello di fornire una mappatura dei contorni giuridici entro i quali si manifesta l'esercizio della competenza energetica dell'Unione e degli Stati membri, nel rispetto dei limiti stabiliti dalle norme dei trattati, dai principi generali del diritto dell'Unione e dalle norme di diritto derivato.

I problemi giuridici relativi alla disciplina del settore energetico sono essenzialmente connessi alla separazione di competenze, diritti e responsabilità tra l'Unione e gli Stati membri: la ripartizione della competenza energetica si muove all'interno di un processo fluido, ancora lontano da una sistematizzazione definitiva. In tale contesto, la Corte di Giustizia sarà chiamata, sempre più frequentemente, a chiarire l'uniforme interpretazione e la portata dei principi di diritto europeo dell'energia.

L'indagine sarà condotta tenendo conto, da un lato, della portata dei principi generali del diritto dell'Unione sull'energia e, dall'altro,

cercando di analizzare quale possa essere l'impatto del diritto europeo dell'energia sugli ordinamenti nazionali nella regolamentazione di questo delicato settore.

CAPITOLO I

LE FONTI DEL DIRITTO EUROPEO DELL'ENERGIA

SEZIONE I. PROFILI GENERALI DEL DIRITTO EUROPEO DELL'ENERGIA.

1. I principi generali del diritto europeo dell'energia

Il panorama estremamente ricco ed articolato della legislazione energetica rischia di disorientare il giurista: la fluidità dell'energia rende la materia refrattaria ad una disciplina organica, estendendone la regolamentazione ai campi più disparati dell'ordinamento giuridico. Per ovviare all'esigenza di offrire un inquadramento sistematico all'energia, la dottrina¹ ha rivendicato l'autonomia del diritto dell'energia rispetto alle altre branche della scienza giuridica. Tradizionalmente, uno dei tratti salienti del diritto dell'energia era costituito dalla marcata presenza dell'interesse pubblico nella programmazione delle attività energetiche che si traduceva nel penetrante intervento dei pubblici poteri sulla regolamentazione delle varie attività che compongono la filiera energetica.

Più recentemente, il diritto dell'energia è attraversato da due fenomeni distinti: da un lato, in tutti gli ordinamenti nazionali degli Stati membri si verifica un processo di privatizzazione (*rectius*: liberalizzazione) delle attività di impresa nell'ambito energetico, riservando ai pubblici poteri un'attività di controllo sul rispetto, da parte degli operatori economici, delle regole comuni individuata a livello normativo. Dall'altro, oltre alle fonti nazionali si segnala l'intervento sempre più incisivo della fonte sovranazionale nella regolamentazione dell'energia.

Così, accanto al diritto dell'energia nato agli inizi degli anni '60, si viene ora ad affiancare un 'diritto europeo dell'energia' costituito dall'insieme di principi, istituti e norme elaborati dall'ordinamento del diritto dell'Unione. All'interno del diritto europeo dell'energia è possibile isolare alcuni principi generali che le istituzioni europee e gli Stati membri sono tenuti ad osservare nell'esercizio delle rispettive competenze.

Nella categoria dei principi generali del diritto europeo dell'energia rientrano: la libera circolazione delle merci, dei servizi e dei capitali, la

¹ G. GUARINO, 'Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia', Giuffrè, Milano, 1962, p. 221 e ss.; G. GENTILE, 'Per un diritto dell'energia', in *Rass. Giur. Energ. El.*, 1986, p. 829 e ss.; P. GONNELLI, G. GENTILE, 'Manuale di diritto dell'energia', Giuffrè, Milano, pp. 3-21.

parità di trattamento sull'accesso alla rete, il divieto di discriminazioni basate sulla nazionalità dei consumatori e delle imprese, la libera concorrenza, il principio di integrazione delle politiche ambientali, il principio dello sviluppo sostenibile, il principio dell'interdipendenza energetica, il principio di solidarietà in caso di crisi degli approvvigionamenti di energia.

2. La dimensione interna.

Tradizionalmente il diritto europeo dell'energia si è concentrato sulla disciplina del mercato interno dell'elettricità e del gas.

In principio, è stata la Corte di Giustizia a consentire l'estensione della portata dei principi sulla libera circolazione delle merci e dei servizi in ambito energetico. Dalla qualificazione giuridica dell'energia come '*merce*' suscettibile di essere oggetto di negozi traslativi e di avere una valutazione economica², è discesa l'applicazione delle norme del diritto dell'Unione sulla libera circolazione delle merci ai prodotti energetici. Se l'energia come bene immateriale può essere equiparata ad una merce, la prestazione continuata di energia viene ricompresa nella nozione di '*servizio*'.

I servizi energetici possono riguardare la produzione, la distribuzione, il dispacciamento, la trasmissione e la fornitura di energia: tutte queste fasi compongono i vari stadi della filiera energetica. L'applicazione dei principi relativi alla libera circolazione delle merci e dei servizi nell'ambito energetico non ha impedito agli Stati membri di ricorrere alle deroghe previste dal trattato, ovvero di invocare la tutela di interessi generali di carattere imperativo, quali la protezione dell'ambiente e la sicurezza dell'approvvigionamento energetico.

L'esigenza di garantire una disciplina uniforme, a livello europeo, dei vari settori della filiera energetica ha portato all'adozione delle direttive di armonizzazione. Il processo di liberalizzazione dei servizi energetici è avvenuto a scaglioni ed ha inciso profondamente sulla modalità di erogazione e di fruizione di tali servizi da parte delle imprese

² In realtà, l'energia non è solo un '*bene*' ma anche un '*bisogno*'. Dal punto di vista economico, una delle caratteristiche dei beni energetici è quello della suscettibilità di ricevere una valutazione economica anche a prescindere dagli strumenti tipici della domanda e dell'offerta di mercato. In effetti, il prezzo dell'energia è, per definizione, sempre accessibile, poiché l'energia risulta fondamentale tanto per l'esercizio delle attività di imprese, quanto per il soddisfacimento di elementari bisogni dei consumatori. La ragionevolezza (o sostenibilità) del prezzo dell'energia si misura non solo sulla base di elementi di natura economica ma anche di natura sociale: in breve, un prezzo dell'energia è ragionevole quando il suo aumento non determina un abbassamento sensibile del dinamismo economico e sociale di un determinato sistema economico, ovvero non causa una diminuzione apprezzabile della qualità della vita dei cittadini.

e dei consumatori finali. La prima fase delle liberalizzazioni energetiche si è scontrata con le resistenze degli Stati membri che, in sede di trasposizione delle direttive sull'energia, hanno approfittato del margine di discrezionalità lasciato dalla normativa europea nella tipizzazione delle fattispecie derogatorie per proteggere in vario modo i propri 'campioni nazionali'.

La diversa velocità di apertura dei mercati energetici nazionali ha originato asimmetrie regolatorie e disparità di trattamenti che, prima, la Corte di Giustizia in sede giurisdizionale e, successivamente, le istituzioni europee in sede di revisione della normativa hanno cercato di eliminare. La non corretta trasposizione delle prime direttive energetiche ha originato una seconda fase delle liberalizzazione energetiche costituita dalle c.d. 'direttive di accelerazione'. Tali direttive hanno provveduto a disciplinare in maniera più dettagliata e minuziosa alcuni istituti specifici della regolamentazione energetica quali l'accesso alla rete ed il principio di separazione (contabile, amministrativa, legale) intervenendo profondamente nella gestione delle attività energetiche allo scopo di disintegrare la struttura verticalmente integrate delle imprese energetiche.

Il mancato raggiungimento dell'obiettivo di creare un mercato interno dell'elettricità e del gas ha spinto la Commissione europea ad adottare un terzo pacchetto di direttive sulla liberalizzazione dell'energia; in questa nuova normativa al fianco della modifica di alcuni istituti relativi alla disciplina sostanziale delle attività energetiche si prevede una revisione della disciplina regolatoria, con uno più stretto collegamento tra le varie Autorità nazionali indipendenti chiamate a controllo e monitorare in maniera capillare le diverse fasi della filiera energetica.

Da un lato, l'applicazione dei principi della libera circolazione dei beni e dei servizi ai prodotti energetici e, dall'altro, il processo di liberalizzazione dei mercati energetici hanno contribuito ad erodere progressivamente le barrere nazionali dei mercati dell'elettricità e del gas, verso l'obiettivo di creare un mercato interno dell'energia.

Dal punto di vista dei mercati, l'applicazione della disciplina *antitrust* al settore energetico evidenzia le specificità dei mercati dell'elettricità e del gas, segnalando le criticità nell'accertamento degli illeciti anticoncorrenziali previsti dagli artt. 101 TFUE, 102 TFUE e 107 TFUE alle imprese energetiche.

Infine, un problema specifico riguarda la compatibilità della normativa *antitrust* rispetto all'esercizio degli obblighi di servizio pubblico (ex art 106, par. 2, TFUE) ed agli obblighi di servizio universale. La liberalizzazione dei servizi di fornitura delle energia elettrica ai clienti finali ha accentuato il carattere pubblico di alcuni servizi di interesse economico generale (SIEG). La tutela della libera concorrenza delle imprese energetiche ed i limiti connessi all'esercizio di

specifiche missioni di servizio pubblico richiede un attento bilanciamento degli interessi che deve avvenire caso per caso, tenendo conto delle peculiarità dei mercati energetici di riferimento.

3. La dimensione ambientale

Nel corso degli ultimi anni, accanto al profilo economico sia è aggiunta una sensibilità sempre più profonda sulla rilevanza ambientale dell'energia.

Le conseguenze economiche e sociali che derivano dal fenomeno del riscaldamento globale hanno prodotto una rinnovata attenzione per la dimensione ambientale della politica energetica, richiedendo l'adozione, a livello europeo, di un approccio coerente ed integrato tra la politica energetica e la politica ambientale, con particolare riguardo al nuovo ambito, espressamente previsto dall'art. 191 TFUE, relativo alla lotta dei cambiamenti climatici.

Nel proseguo della trattazione (v. *infra* capitolo III), si cercherà di mettere in evidenza questa evoluzione, tenendo conto dell'impatto che il principio di integrazione delle politiche ambientali ed il principio dello sviluppo sostenibile possono avere sulla disciplina relativa al mercato delle quote di emissioni e su quella relativa alle fonti rinnovabili³.

In conformità agli obblighi internazionali che l'Unione europea e gli Stati membri hanno assunto nel quadro del diritto internazionale sulla lotta ai cambiamenti climatici, il legislatore europeo ha adottato una normativa particolarmente innovativa, istituendo un mercato delle quote di emissioni per la riduzione delle concentrazioni di Co2 nell'atmosfera.

Il mercato delle quote di emissioni ed i relativi strumenti di negoziazione dei permessi di inquinamento introducono nuovi istituti giuridici che meritano una attenta disamina; inoltre, la trasposizione e l'attuazione della direttiva 2003/87/CE negli ordinamenti nazionali ha

³ Le fonti di produzione dell'energia si distinguono in due diverse categorie: le fonti energetiche non rinnovabili e quelle rinnovabili. Nella prima categoria rientrano quelle risorse energetiche che sono soggette all'esaurimento, quali i combustibili fossili (carbone, petrolio, gas naturale). La 'scarsità' dei combustibili fossili incide sulla continua oscillazione dei prezzi degli stessi: tuttavia, risulta particolarmente difficile stabilire quando la variazione dei prezzi è causata da variabili economiche (andamento del consumo, crescita della domanda, disponibilità dell'offerta), ovvero quando essa sia determinata da variabili politiche (instabilità della situazione internazionale, contrazione volontaria della produzione di energia).

Nella categoria delle fonti rinnovabili rientrano l'energia eolica, solare, geotermica, del moto ondoso, maremotrice, idraulica, la biomassa, i biocombustibili, il gas di discarica ed i gas residuati dai processi di depurazione e biogas. Per 'biomassa' si intende ai sensi della direttiva 2009/28/CE, 'la parte biodegradabile dei prodotti, rifiuti e residui provenienti dall'agricoltura (comprendente sostanze vegetali e animali) e dalla silvicoltura e dalle industrie connesse, nonché la parte biodegradabile dei rifiuti industriali e urbani'.

originato un contenzioso davanti al Tribunale che verrà analizzato in dettaglio per chiarire la corretta ripartizione delle competenze tra la Commissione e gli Stati membri nell'approvazione dei piani nazionali e nell'assegnazione delle quote alle imprese energetiche nazionali.

Con particolare riferimento alla disciplina sulle fonti rinnovabili, l'indagine avrà ad oggetto la legislazione sul risparmio e sull'efficienza energetica, nonché gli istituti relativi ai certificati di origine dell'energia prodotta, mutuati dalla normativa sui permessi di inquinamento.

L'approccio integrato tra la disciplina sui cambiamenti climatici e quella sulle fonti rinnovabili segnala alcune criticità in merito alla compatibilità con la normativa sulla concorrenza, con particolare riguardo alle norme sugli aiuti di Stato, nonché con il principio della sovranità statale sulla struttura dell'approvvigionamento energetico.

4. La dimensione esterna

Per tutto il XIX secolo la politica energetica è stata sinonimo di intervento pubblico sull'accesso e sul controllo delle riserve di combustibili fossili.

La transizioni dei processi industriali di produzione di beni e servizi ha segnato la fine e l'ascesa di un nuovo regime energetico (dal legno al carbone, dal carbone al petrolio), determinando profondi mutamenti, sia nell'assetto delle relazioni intersoggettive, sia nell'assetto delle relazioni interstatuali.

In attesa che si registri una nuova transizione energetica⁴, l'Unione europea deve far fronte ai problemi connessi alla dipendenza energetica

⁴ Le rivoluzioni economiche ed industriali sono sempre state successive a scoperte della scienza in materia di applicazioni sulle risorse energetiche. L'Europa medioevale si era a lungo basata sul legname come fonte primaria di energia fino agli inizi del 1700 quando Watt inventò il motore a vapore alimentato a carbonio, dando avvio alla rivoluzione industriale ed al contempo alla transizione del regime energetico fondato sul carbone. Nel 1885 l'invenzione del motore a combustione interna da parte dei tedeschi Benz e Daimler accelerò la transizione al regime energetico basato sul petrolio (scoperto in Pennsylvania nel 1859) allorché Ford decise di alimentare con il petrolio le proprie industrie per la produzione in serie e per la catena di montaggio. In breve, l'analisi del regime energetico è un elemento fondamentale della strutturazione economica, finanziaria e istituzionale delle società umane. Questo perché il regime energetico è l'elemento di base che rende possibile l'attività economica stessa. La globalizzazione può essere interpretata da molti e diversi punti di vista, ma nessuno è più importante di quello dell'energia. Troppo spesso tendiamo a dimenticare che senza combustibili fossili la globalizzazione sarebbe stata impossibile. I combustibili fossili hanno permesso infatti alle imprese di comprimere drasticamente i tempi e di abbreviare le distanze, creando un unico mercato mondiale per lo sfruttamento delle materie prime e del lavoro, e per la commercializzazione dei prodotti finiti e servizi[...] La nostra vulnerabilità oggi è particolarmente elevata a causa di un'infrastruttura energetica molto centralizzata e gerarchizzata, e alla struttura economica che ne deriva, creata per gestire un regime energetico fondato sui

dalle importazioni di combustibili fossili. Mentre l'Unione ha sviluppato un approccio *market oriented* sull'energia, fortemente orientato (*rectius*: sbilanciato) sulla dimensione interna della sicurezza energetica, da conseguire attraverso la creazione di un mercato interno dell'energia, fondato sulle regole della libera concorrenza, i maggiori Paesi produttori di combustibili fossili non hanno abbandonato l'idea di poter ricorrere all'impiego delle risorse energetiche in chiave geopolitica⁵.

L'utilizzo delle risorse energetiche come strumento di pressione nelle relazioni internazionali espone tanto l'Unione quanto gli Stati membri alla minaccia delle interruzioni volontarie delle forniture di energia. Al momento, gli Stati membri sono riusciti a garantirsi la sicurezza degli approvvigionamenti, attraverso accordi bilaterali di lunga durata con i Paesi produttori di energia. All'interno degli accordi quadro, le imprese energetiche nazionali sono chiamate a stipulare contratti di fornitura di lunga durata con le imprese fornitrici di energia. Tali contratti, da un lato, creano problemi di compatibilità con la normativa europea sui mercati interni dell'energia perché anestetizzano i benefici indotti dalla liberalizzazione dei mercati energetici nazionali e, dall'altro, finiscono per garantire la sicurezza nazionale degli approvvigionamenti energetici a scapito della sicurezza energetica europea.

Nel quadro magmatico delle relazioni internazionali, l'analisi giuridica delle problematiche connesse alla politica energetica europea ruota attorno alle nozioni di sicurezza dell'approvvigionamento e di sicurezza energetica.

Sul piano interno, l'Unione può rafforzare la dimensione esterna della propria politica energetica attraverso un'interpretazione estensiva degli atti di diritto dell'Unione sulla sicurezza energetica, alla luce della 'clausola di solidarietà' espressamente prevista dall'art. 194 TFUE. Sul piano internazionale, dal riconoscimento del principio di interdipendenza

combustibili fossili. L'era dei combustibili fossili è infatti caratterizzata da un modello organizzativo verticistico, reso necessario dalle difficoltà legate alla scoperta e allo sfruttamento delle varie forme di energia. Gli enormi costi associati alla lavorazione del carbone, del petrolio e del gas naturale richiedono ingenti investimenti di capitale e portano alla formazione di colossali imprese energetiche. Attualmente, solo otto imprese energetiche, pubbliche e private, dettano i termini del flusso di energia attraverso il mondo. Centralizzando il potere sulle risorse energetiche, tali società creano le condizioni che premiano le economie di scala e la centralizzazione dell'attività economica [...]. Così, J. RIFKIN, *Economia all'idrogeno. La creazione del WorldWide Energy Web e la redistribuzione del potere sulla terra*, Mondadori, Milano, 2002, p. 9 e ss.

⁵ In questa direzione dirigistica si muove, ad esempio, il Forum dei Paesi esportatori di gas – GEFCF – che rappresenta un'organizzazione informale che riunisce i Ministri dell'energia dei Paesi produttori di gas – Russia, Iran, Qatar, Emirati arabi, Nigeria, Algeria, Venezuela, Indonesia, Malesia, Egitto, Libia, Bolivia, Trinidad e Tobago, Brunei – i quali controllano il 70% delle risorse mondiali di gas.

energetica come prisma di valutazione delle relazioni energetiche tra gli interessi dei Paesi consumatori di energia, i Paesi produttori ed i Paesi di transito discende una rinnovata attenzione per gli strumenti multilaterali di regolamentazione del commercio internazionale, quali il Trattato sulla Carta dell'energia, ed i relativi meccanismi di tutela giurisdizionale, con particolare riferimento alla protezione degli investimenti energetici.

SEZIONE II – LA LENTA EVOLUZIONE DEL DIRITTO EUROPEO DELL'ENERGIA: DAL 'PARADOSSO ENERGETICO' AL TRATTATO DI LISBONA.

1. Il quadro storico della politica energetica europea ed il 'paradosso dell'energia'

Com'è noto, il controllo sulle riserve di carbone ed acciaio presenti nel bacino della Ruhr e della Saar è risultante uno dei fattori scatenanti rispetto al conflitto armato della seconda guerra mondiale.

Ai 'padri fondatori' delle Comunità fu subito chiaro che una stabilizzazione del continente europeo dovesse prendere atto della necessità di creare una gestione comune dell'energia di allora (il carbone e l'acciaio appunto, nonostante già in quegli anni si fosse completata negli Stati Uniti la transizione energetica verso il petrolio) e di quella che si riteneva sarebbe stata l'energia del futuro (il nucleare). I primi trattati costitutivi delle Comunità europee furono, di conseguenza, dedicati proprio alla competenza energetica in settori specifici. Al riconoscimento dell'antiorità storica del Trattato sulla Comunità europea del carbone e dell'acciaio (d'ora in poi, Trattato CECA), rispetto al Trattato di Roma, raramente si è accompagnata una riflessione sui tributi che i modelli decisionali ed istituzionali, originatisi dai trattati in materia energetica, hanno lasciato all'odierno modello istituzionale europeo.

Per altro verso, l'esistenza di ben due Trattati della Comunità che si occupavano specificatamente di settori energetici ha influito sul tortuoso percorso del Trattato di Roma in tema di competenza energetica.

A ben vedere infatti, si potrebbe a tal riguardo parlare di '*paradosso energetico*': laddove l'energia rivestiva un ruolo così fondamentale da meritare una trattazione riservata in due dei tre trattati comunitari, nell'unico trattato a competenza generale è mancata, fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, una base giuridica per adottare misure sull'energia.

Questo paradosso, come sarà evidenziato nel corso della trattazione, contiene una contraddizione più apparente che reale, riemersa solo di recente, a seguito del rinnovato interesse verso lo studio delle politiche energetiche.

Il percorso del diritto europeo dell'energia si delinea attraverso un sistema di espansione delle competenze materiali dell'Unione che, più in generale, risulta essere un tratto saliente del dinamismo evolutivo del diritto dell'Unione⁶. Il primo atto può essere rintracciato in alcuni

⁶ Sui profili ricostruttivi del dinamismo evolutivo come caratteristica strutturale dell'ordinamento europeo si veda J.P. Jacqué, '*Droit institutionnel de l'Union Européenne*', 5 ed., Dalloz, Parigi,

passaggi fondamentali della Dichiarazione Schuman del 9 Maggio 1950, esempio insuperato di prosa comunitaria, in cui veniva affermata, per la prima volta, la necessità di creare un'organizzazione internazionale a carattere sovranazionale per la gestione comune delle risorse energetiche.

Successivamente, con la firma a Parigi il 18 aprile 1951 del Trattato CECA, si ebbe la prima disciplina dei prodotti carbosiderurgici in seno al mercato comune. Un passaggio particolarmente delicato per la creazione di una politica energetica europea fu poi la Conferenza di Messina del 1-3 Giugno 1955, che rientrava nell'ambito delle iniziative conseguenti al voto negativo del 30 Agosto del 1954 sul progetto di istituire la Comunità europea di difesa (CED). Infatti, durante i lavori della Conferenza, l'esistenza stessa della CECA venne messa in discussione, perché l'insuccesso di un eventuale rilancio della politica europea ne avrebbe compromesso ogni prospettiva politica.

Una volta raggiunto il necessario consensus sul rilancio del progetto europeo, durante i lavori della Conferenza si fronteggiarono nella presentazione dei Memorandum dei 6 Paesi fondatori due scelte di fondo: quella dell'integrazione economica generale e quella dell'integrazione per settori. L'esito della conferenza fu la costituzione del 'Comitato Spaak' che elaborò le proposte per la conferenza dei Ministri tenutasi a Venezia nel 1956 e quindi alla firma del Trattato CEE e del Trattato Euratom a Roma nel 1957.

Dalla firma dei tre Trattati comunitari, l'evoluzione delle competenze delle Comunità (ora Unione) nel settore energetico non si inserisce nel quadro di uno sviluppo armonioso e lineare, dando origine, piuttosto, ad un approfondimento *per saltum*.

Questo sviluppo della politica energetica europea è dovuto essenzialmente due ragioni: da un lato, la frammentarietà della competenza energetica (con l'assenza di una base giuridica unica e generale nel Trattato CE) e, dall'altro, la trasformazione della posizione energetica degli Stati membri che, a seguito della transizione energetica dal carbone al petrolio, si ritrovano nel volgere di pochi lustri da Paesi esportatori di energia a Paesi importatori. A causa di ciò, l'economia europea si ritrovò ad essere fortemente dipendente dall'importazione di materie energetiche dai Paesi Terzi, in particolare dai Paesi dell'OPEC.

Per molti anni, gli Stati membri pensarono di poter gestire la propria dipendenza energetica senza aver bisogno di trasferire ulteriori cessioni di sovranità alle istituzioni europee per regolamentare l'energia.

2009, p. 32 e ss.; Mitrany, 'The prospect of Integration: federal or functional' in 'Journal of Common Market studies', 1965; G. Tesaro, 'Diritto comunitario', 5 ed., CEDAM, Padova, 2008, p. 12 e ss.; J. Rideau, 'Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes', 4 ed., LGDJ, Parigi, 2002.

Tuttavia, lo *shock* petrolifero del 1973 mise in luce la fragilità delle politiche energetiche nazionali e evidenziò la debolezza energetica delle più grandi economie. Da allora, la regolamentazione energetica europea cominciò ad assumere il carattere della risposta congiunturale rispetto alle minacce di interruzione delle forniture di energia da parte dei Paesi produttori di combustibili fossili. Non a caso, il primo atto che venne adottato nell'ordinamento del diritto dell'Unione sull'energia fu la Risoluzione del Consiglio Europeo del 1974, *‘Una nuova strategia per la politica energetica della Comunità. Obiettivi dal 1975-1985’*, in risposta e reazione allo *shock* petrolifero del 1973.

Pur non avendo un carattere vincolante tale risoluzione fu particolarmente importante perché manifestava l'intenzione di adottare una politica comune sull'energia attraverso l'elaborazione di piani energetici orientati al raggiungimento di alcuni obiettivi 'quantitativi'.

Infatti, il piano strategico della politica energetica degli anni '70 aveva come scopo essenziale quello di ridurre il livello delle importazioni globali dal 61% registrato nel 1973 al 50% entro il 1985. Risulta evidente che l'obiettivo di ridurre la dipendenza energetica dai Paesi importatori era una conseguenza di quanto avesse inciso lo *shock* petrolifero del 1973 sull'andamento dei prezzi al consumo e sulla recessione del sistema industriale europeo.

Gli obiettivi della Risoluzione del 1974 vennero sostanzialmente raggiunti grazie al forte sviluppo dell'energia nucleare prodotta in Francia e alla scoperta di nuovi giacimenti petroliferi (in particolare per le estrazioni di greggio dalla piattaforma del Mare del Nord sotto il controllo britannico).

Successivamente, a seguito di un nuovo *shock* petrolifero nel 1979, la Comunità (ora Unione) adottò la Risoluzione del Consiglio del 1985: *‘Linee direttrici per le politiche energetiche degli Stati membri. Obiettivi dal 1985-1995’*. Questa risoluzione costituisce il secondo esempio di piano energetico europeo fondato su obiettivi decennali. I risultati incoraggianti ottenuti con la prima Risoluzione avevano spinto il Consiglio europeo a proporre obiettivi ancora più incisivi ed ambiziosi quali la riduzione dell'impiego di combustibili fossili, la modificazione della curva dei consumi energetici (con la previsione di una riduzione del 20% in forza di un piano di efficienza energetica), la diversificazione del *mix* energetico (con l'inserimento delle fonti rinnovabili), la riduzione della dipendenza energetica dai Paesi esportatori (con la creazione del mercato interno dell'energia). Tuttavia, questa volta, la Risoluzione si dimostrò un clamoroso fallimento, mettendo in evidenza tutte le carenze e le contraddizioni di un approccio regolatorio fondato su una fonte

giuridicamente non vincolante e lasciato alla ‘spontanea convergenza’ delle politiche energetiche nazionali.⁷ Più in particolare, l’aumento della dipendenza energetica dai Paesi esportatori, l’incremento del ricorso ai combustibili fossili e gli ostacoli alla creazione di un mercato interno dell’energia dimostrarono l’insufficienza dei piani energetici decennali.

Paradossalmente, fu il fallimento del secondo piano energetico decennale a creare la consapevolezza di quanto fosse necessario un quadro giuridico vincolante intorno alle scelte di politica energetica europea. Da un approccio regolatorio decennale, individuato per obiettivi dalle Risoluzioni del Consiglio europeo, si passò prima ad una legislazione europea settoriale e frammentata, per giungere infine ad una politica legislativa sempre più integrata, coerente e sistematica. Solo negli ultimi anni, infatti, le linee fondamentali della politica energetica europea si sono slegate dalla contingenza storica delle crisi petrolifere per affermare un nuovo tipo di regolamentazione, nel quadro di una normativa vincolante.

Tuttavia, come sarà evidenziato nel corso della trattazione, il dinamismo della competenza energetica dell’Unione è un percorso ancora lungi dall’essere compiuto e numerosi rimangono i problemi insoluti.

2. Il Trattato CECA

Si è già altrove accennato al riconoscimento dell’antiorità storica del Trattato di Parigi rispetto ai Trattati di Roma, sottolineando come non sia altrettanto ravvisata, invece, la portata paradigmatica del trattato CECA rispetto al processo di integrazione europea complessivamente considerato.

Il trattato carbo-siderurgico era nato intenzionalmente come il ‘primo anello di una lunga catena’⁸. L’istituzione di un’organizzazione

⁷ Il mancato raggiungimento degli obiettivi previsti dalla seconda risoluzione è dovuto sia a fattori endogeni, quali l’assenza di strumenti per garantire il coordinamento delle politiche energetiche nazionali, tese alla protezione dei diversi interessi nazionali, anziché alla tutela di un interesse europeo, sia a fattori esogeni, non astrattamente prevedibili al tempo dell’adozione della risoluzione. Tra quest’ultimi, bisogna ricordare il decadimento della produzione di carbone, l’abbassamento dei prezzi del petrolio e la contrazione in alcuni Stati membri della produzione nucleare a causa dell’opposizione da parte dell’opinione pubblica, in seguito all’esplosione della centrale nucleare di Chernobyl.

⁸ Per una ricostruzione storica e giuridica del Trattato Ceca si veda R. MONACO, *‘Primi lineamenti di diritto pubblico europeo’*, Giuffrè, Milano, 1963; SCHMITT, *‘The Path to European Union from the Marshall Plan to the Common Market’*, University Press, Louisiana, 1962; R. QUADRI, A. TRABUCCHI (a cura di), *‘Commentario al Trattato CECA’*, Giuffrè, Milano, 1970; REUETER, *‘Organisation européenne’*, Parigi, 1965; R. PRIEUR, *‘La Communauté européenne du charbon et de l’acier: activité et évolution’*, Montchrestien, Parigi, 1962; R. PRIEUR, *‘Les relations internes et externes de la Communauté européenne du charbon et de l’acier’*, Montchrestien, Parigi, 1958 ;

internazionale a carattere sovranazionale era stata concepita allo scopo di porre rimedio ad una situazione politica ed economica particolarmente rischiosa, in particolare per le potenzialità di generare nuovi scenari di conflitti militari.

Quando ci si pone davanti al problema del perché la sovranazionalità abbia trovato la prima forma di applicazione nel settore energetico del carbone e dell'acciaio, la risposta esige un approccio storico che tenga conto del valore esemplare che si voleva attribuire alla CECA.⁹ Solitamente si suole affermare che la necessità di creare un mercato comune dei prodotti carbosiderurgici era collegata al bisogno di offrire una gestione comune dei giacimenti della Saar e della Ruhr, in quanto l'antagonismo degli Stati (in particolare la Germania e la Francia), per assicurarsi la disponibilità delle materie prime contenute in tali bacini, era stato una con-causa dello scoppio del secondo conflitto mondiale.

Tale risposta, storicamente corretta, risulta però incompleta laddove si omette di considerare una serie di altri fattori, in primo luogo politici ed economici, che rendevano la firma del trattato di Parigi al contempo una priorità strategica ed una necessità storica per i sei Paesi fondatori.

Da un punto di vista politico la firma del trattato di Parigi nasceva dall'esigenza di arginare l'espansionismo ideologico e territoriale dell'Unione Sovietica avvalendosi, per eventuali operazioni di difesa militare, delle risorse di carbone ed acciaio dell'allora Repubblica Federale Tedesca.

In questa prospettiva, nell'ambito di un negoziato complesso a formazione progressiva¹⁰ iniziato con la firma del trattato CECA, la

G. LUCATELLO (a cura di), *Ordinamento della Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, CEDAM, Padova, 1961.

⁹ 'Non va sottaciuto quanto sia significativo il fatto che il primo esercizio completo del potere sovranazionale sia stato previsto nei settori di quelle fonti di energia, il carbone, la quale all'atto della stipulazione, possedeva l'incontestato predominio nel continente, e nel settore di un'industria di base, l'acciaio la quale si colloca tuttora a caposaldo della potenzialità economica degli Stati più progrediti al mondo[...]. Così, C. DEL BO, in *Commentario al Trattato CECA*, cit., p. 5 e ss.

¹⁰ La sussistenza di un processo di collegamento logico tra la CECA, il progetto di comunità europea di difesa, la Comunità economica europea e il Trattato Euratom, è confermato dalla lettura del preambolo del Trattato di Parigi laddove si affermava che le Parti contraenti erano 'résolus à substituer aux rivalités séculaires une fusion de leur intérêts essentiels à fonder par l'instauration d'une communauté économique les premières assises d'une communauté plus large et plus profonde entre des peuples longtemps opposés par des divisions sanglantes, et à jeter les bases d'institutions capables d'orienter un destin désormais partagé.'

La solennità dei Preamboli dei trattati internazionali sembra prendere qui un accento ancora più commosso laddove il movimento della frase parte dalla mozione degli affetti (il superamento delle rivalità storiche tra Francia e Germania) per canalizzarsi in uno strumento (l'instaurazione di

gestione sovranazionale delle risorse carbo-siderurgiche era stata concepita come il primo anello della catena che avrebbe dovuto portare all'istituzione di una Comunità di difesa europea, la CED, il cui tentativo fallì poi nel 1954 a seguito dell'opposizione gaullista.

Da un punto di vista economico, il trattato di Parigi rappresentava la prima decisione strategica di politica economica europea ricollegabile al *Piano Marshall*. Il continente europeo a seguito dei conflitti mondiali si era ritrovato in una situazione di collasso delle infrastrutture economiche di base. Per ricostruire le fondamenta della propria economia, l'Unione aveva bisogno di adottare una politica di sostegno all'industria di base, stimolando al massimo l'estrazione di carbone ed investendo in modo massiccio e sistematico nella produzione siderurgica al fine di rimettere in moto il tessuto industriale di un'economia europea andata in rovina¹¹.

La crisi economica non consentiva di procedere immediatamente alla realizzazione di un mercato comune generale e completo. Occorreva adottare un obiettivo più mirato e settoriale, come quello della realizzazione del mercato carbosiderurgico, per potere dimostrare agli operatori economici ed alle classi politiche europee i benefici dell'integrazione economica¹². In questa valenza paradigmatica del mercato comune carbosiderurgico si possono cogliere le prime applicazioni e le potenzialità del metodo funzionalista.¹³

Il trattato CECA in virtù dei subitanei successi legati al modello di regolamentazione dei prodotti carbosiderurgici divenne il primo anello decisionale di un sistema di integrazione economica che nel breve

una comunità economica settoriale come archetipo per la creazione di una comunità dei popoli) che orienti l'Europa verso un destino condiviso di interessi e di valori in grado di garantire il mantenimento della pace.

¹¹ Il carbone e l'acciaio oltre ad essere indispensabili nella realizzazione di beni strumentali, sono fonti di energia necessari per il funzionamento dell'industria pesante, per l'industria di trasformazione, nonché per l'industria di fabbricazione di beni di largo consumo. Vale la pena sottolineare anche la portata simbolica della scelta di un trattato di regolamentazione dei prodotti carbosiderurgici; le materie energetiche che erano state alla base della corsa agli armamenti nelle due guerre mondiali con il trattato CECA divenivano ora le pietre miliari sulle quali costruire la rinascita economica e morale dell'Europa al fine di garantire la pace.

¹² È utile sottolineare come le ragioni illustrate venivano proposte in termini di 'necessità' (politiche ed economiche) per rendere più evidente l'impossibilità per i sei Stati fondatori di perseguire i loro obiettivi ed i loro interessi percorrendo il solo sentiero nazionale.

¹³ Il metodo funzionalista, primo motore immobile dell'integrazione europea, alla base del Trattato di Parigi, conferma ancora una volta il carattere esemplare del Trattato CECA come modello di esperimento cui poi potesse seguire un processo ancora più ambizioso come quello rivolto alla creazione di una comunità economica europea *tout court*.

volgere di pochi anni portò alla creazione della Comunità economica europea con il Trattato di Roma¹⁴.

In breve, al di là del dato di fatto dell'antiorità storica, il Trattato CECA grazie alla capacità espansiva della sovranazionalità¹⁵, al suo carattere paradigmatico nel processo di integrazione europea, al modello legislativo di regolamentazione del mercato comune, al modello istituzionale, all'applicazione concreta del metodo funzionalista, ha delineato un '*itinerario del potere sovranazionale*' che ha consentito al diritto dell'Unione di percorrere il suo lungo cammino verso l'approfondimento dell'integrazione dei popoli europei.

Non furono solo alcuni principi strutturali del diritto dell'Unione a trarre origine dal Trattato di Parigi, ma anche ulteriori elementi, quali il sistema istituzionale,¹⁶ i processi decisionali¹⁷, nonché alcuni istituti di diritto sostanziale¹⁸.

¹⁴ 'Si è inteso tracciare, in un certo senso un itinerario del potere sovranazionale, canalizzando a partire da tutto quanto appariva indispensabile per la produzione di beni strumentali[...] La sovranazionalità della CECA avrebbe dovuto costruire la pietra miliare o, se si vuole, il testo esemplare per poi procedere, il più possibile rapidamente alla determinazione, nelle sedi più idonee, di poteri analoghi, forse maggiormente puntualizzati, ma a cui costantemente corrispondesse una forza giuridica autonoma, un'autorità non delegata, una ben definita disciplina alla quale gli Stati fossero chiamati a subordinarsi'. Così, DEL BO, in '*Commentario al Trattato CECA*', cit, p. 3 e ss.

¹⁵ 'Esistono[...] casi espressamente previsti dal Trattato, dai quali si ottiene una precisa conferma del come la sovranazionalità del potere esecutivo comunitario non abbia nel carbone e nell'acciaio le sue rigorose frontiere entro le quali manifestarsi. I due settori di competenza della Comunità sono infatti, da considerarsi 'occasioni' della sovranazionalità e non affatto sua giustificazione, sua matrice giuridica e, tantomeno, coronamento teleologico'. Così, DEL BO, in '*Commentario al Trattato CECA*', cit, p. 10.

¹⁶ Il quadro istituzionale originario del Trattato di Roma era plasmato sulla base del modello delineato dal Trattato CECA che prevedeva un' Alta Autorità (che si fonderà con la Commissione a seguito del Trattato di fusione degli esecutivi firmato a Bruxelles nel 1965), il Consiglio Speciale dei Ministri, un' Assemblea Comune ed una Corte di Giustizia. Successivamente la Convenzione sulle istituzioni comuni, annessa ai trattati di Roma, ha modificato i nomi e ha reso comuni gli organi delle tre Comunità.

¹⁷ In materia di atti nel sistema CECA esistevano le '*decisioni generali*' che erano una categoria autonoma e distinta da quella individuata dall'art 288 TFUE (già art. 249 TCE) anche qualora si tratti di decisioni collettive. Il trattato CE ha ereditato dal trattato CECA non solo il modello di riferimento del quadro istituzionale ed il controllo di legalità da parte della Corte di Giustizia, ma anche una serie di soluzioni originali che faranno il loro ingresso nel quadro del trattato di Roma solo nel corso del suo dinamismo evolutivo; a titolo di esempio si possono citare il sistema delle cooperazioni rafforzate e la conclusione degli accordi misti (espressamente previsti anche dall'art. 102 del Trattato Euratom).

¹⁸ Sotto il profilo del diritto sostanziale, il trattato CECA si differenziava dal trattato di Roma essenzialmente su tre aspetti: il campo di applicazione territoriale, il regime di applicazione nel tempo, gli atti decisionali.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione territoriale, l'art. 97 del Trattato CECA (analogamente all'art. 198 del Trattato Euratom) disponeva che le norme in esso contenute

Il sistema dei ricorsi giurisdizionali ed il controllo di legalità ad opera della Corte di Giustizia ha avuto il suo riconoscimento originario nel trattato CECA; anzi, il bisogno di protezione giurisdizionale era nato proprio tenendo conto delle caratteristiche peculiari del mercato dell'energia del carbone e dell'acciaio, ovvero in ragione del bisogno di protezione delle imprese operanti nel settore energetico, particolarmente esposte ai rischi di nazionalizzazione degli esecutivi nazionali.¹⁹

Com'è noto, diversamente dai Trattati CEE ed EURATOM che erano stati conclusi per una durata illimitata²⁰, ai sensi dell'art 97 del Trattato CECA, le disposizioni in esso contenute avevano una durata temporalmente limitata (50 anni) ed hanno cessato di avere effetto in seguito alla loro scadenza della CECA avvenuta il 22 luglio 2002²¹.

fossero applicabili al territorio degli Stati membri firmatari del trattato, con l'adozione di un criterio geografico coincidente con il territorio degli Stati membri.

¹⁹ Per un'analisi del ruolo della CG nel Trattato CECA si rinvia a L. DELVAUX: *'La Cour de justice de la Communauté européenne du charbon e de l'acier: exposé sommaire des principes, organisation, compétence, procédure, le droit en vigueur dans la Communauté'* R. Pichon & Durand-Auzios, Parigi, 1956.

²⁰ Sulla qualificazione della durata del Trattato CE come illimitata piuttosto che indeterminata, indissolubile, perpetua o irreversibile ed in particolare con riferimento alle problematiche giuridiche sottese all'istituto del recesso unilaterale e collettivo dal TCE si veda DAGTOGLOU: *'How indissoluble is the Community?'* in *'Basic problems of the European Community'*, University Oxford Press, Oxford, 1975.

Sulle conseguenze giuridiche della scadenza del trattato CECA, vedi V. P. DAILLER, *'La disparition de la CECA le 24 juillet 2002. Des problèmes de succession d'organisations internationales?'* in *Etudes en l'Honneur de Jean-Claude Gautron. Les dynamiques du droit européenne en début de siècle*, Pedone, 2004.

²¹ Fino alla scadenza del trattato Ceca i rapporti tra i tre trattati Ce, Ceca ed Euratom erano disciplinati dal trattato di fusione degli esecutivi e dall'art 305 del trattato CE. In tale articolo venne sancito il principio di autonomia delle Comunità con il riconoscimento della personalità giuridica interna ed esterna delle tre Comunità, e si affermò la natura derogatoria delle norme relative al funzionamento del mercato comune del carbone e dell'acciaio rispetto alle norme del trattato Ce (in applicazione del principio generale di diritto per cui *lex specialis derogat generali*). Nel quadro normativo dei rapporti tra il trattato CE e la CECA la disciplina delle conseguenze, soprattutto di tipo economico e finanziario, successive alla scadenza del Trattato Ceca è contenuta nel *'Protocollo relativo alle conseguenze finanziarie della scadenza del Trattato Ceca e al Fondo di ricerca del carbone dell'acciaio'*.

Il Protocollo allegato al Trattato CE disponeva il trasferimento nel bilancio della Comunità (ora Unione) delle attività e delle passività iscritte nel bilancio della CECA fino al giorno della sua scadenza (avvenuta il 23 luglio 2002).

La procedura di liquidazione della Ceca ha consentito all'Unione di dotarsi di un nuovo fondo, chiamato *'Fondo di ricerca carbone e acciaio'*, con destinazione di spesa vincolata in modo che le risorse vengano utilizzate esclusivamente a fini di ricerca, in settori correlati all'industria del carbone e dell'acciaio al di fuori del programma quadro di ricerca, conformemente alle disposizioni del Protocollo e degli atti in virtù di esso adottati (ex art 1, par. 3, del Protocollo).

Per quanto riguarda la programmazione finanziaria pluriennale per la gestione del patrimonio del Fondo, la procedura di adozione degli atti prevede la proposta della Commissione ed il voto del Consiglio all'unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo.

3. Il Trattato Euratom

L'istituzione di una Comunità atomica era il corollario necessario dell'istituzione della CECA²². In effetti, il Trattato CECA si poneva in un rapporto di presupposizione necessaria rispetto alla creazione di una Comunità europea per l'energia atomica sia per motivi di tipo energetici²³, che per esigenze di difesa militare.

L'istituzione della Comunità atomica si inseriva nel quadro storico-giuridico caratterizzato dalla rottura della politica di segretezza sull'uso

²² Per una breve bibliografia sui commenti al trattato Euratom si veda P MENGOZZI, *L'Agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, Giuffrè, Milano, 1964; N. CATALANO, *La Comunità economica europea e l'Euratom*, seconda edizione, Giuffrè, Milano, 1959; A. ALBONETTI, *Euratom e sviluppo nucleare*, La Comunità, Milano, 1958; R. DUCCI, *La Comunità economica europea e l'Euratom*, CEDAM, Padova, 1957; A. ANGELOPOULOS, *L'atomo unirà il mondo?*, Einaudi, Torino, 1957; M. GOLDRING, *L'economia dell'industria atomica*, ed. Banca Nazionale del Lavoro, Roma, 1957; L. ARMAND, F. ETZEL, F. GIORDANI, *Relazione del Comitato dei Tre saggi: un obiettivo per l'Euratom*, Bruxelles, 1957.

La redazione del trattato Euratom è avvenuta in una serie di scansioni temporali inquadrabili in quattro fasi. La prima fase era costituita dalla Conferenza di Messina del 1955 che conferiva un mandato ad una Commissione per l'energia nucleare (presieduta da una personalità di spicco quale Louis Armand, allora Presidente delle ferrovie francesi) con il compito di redigere un Rapporto finale sulla possibilità di creare un'organizzazione comune per lo sviluppo pacifico dell'energia atomica. La seconda fase riguardava il lavoro dei negoziati all'interno della Commissione per l'energia nucleare con la stesura delle posizioni di ciascuna delle sei delegazioni. La terza fase si era conclusa con il Rapporto dei Capi delegazioni ai ministeri degli Affari Esteri (meglio noto come *Rapporto Spaak*), approvato alla Conferenza di Venezia nel 1956, nel quale era stata preparata la bozza del testo normativo del trattato Euratom. Nell'ottobre del 1956 i governi dei sei Paesi fondatori della CECA diedero mandato ad un comitato (il c.d. *Comitato dei Tre Saggi*) composto da L. Armand, F. Etzel e F. Giordani di portare avanti i negoziati. Il *Rapporto dei tre saggi* fu la base del negoziato per la redazione del trattato Euratom; esso conteneva un'analisi illustrata del fabbisogno energetico europeo con una previsione a lungo termini dei problemi di dipendenza energetica che la Comunità avrebbe dovuto prevedibilmente affrontare fino al 1975. Infine la quarta fase concerneva i lavori del Gruppo di Redazione del Trattato Euratom che elaborerà il testo del trattato firmato il 25 marzo 1957 a Roma ed entrato in vigore il 1 gennaio del 1958.

²³ Come già detto per il Trattato CECA, anche nell'ambito dei negoziati per la firma del trattato Euratom, era chiaro ai negoziatori che occorreva prendere atto della transizione dell'Europa da una posizione di esportatrice netta di energia (fino al raggiungimento del picco energetico nel 1927) ad una posizione di importatrice. La produzione di carbone era del tutto insufficiente per tenere il passo con l'aumento della domanda di energia a seguito dell'attività di ricostruzione del tessuto industriale ed economico dell'Europa all'indomani del secondo dopoguerra. Per meglio comprendere le speranze che al tempo si nutrivano nell'impiego dell'energia atomica come fonte capace di soddisfare il rinnovato fabbisogno energetico europeo, può essere utile ripercorrere un breve passaggio di un discorso pubblico di A. Albonetti, uno dei componenti del Comitato intergovernativo sorto dalla Conferenza di Messina e successivamente membro del Gruppo di redazione del trattato Euratom, il quale, già nel 1958, affermava: 'ora è il turno dell'energia nucleare, nuova ed importante fonte energetica, le cui possibilità sono praticamente illimitate, tanto più che essa apre la strada per sviluppi ancora più imponenti, ad esempio, nel campo dell'energia prodotta tramite il controllo eventuale dell'idrogeno'.

militare dell'energia nucleare e dalla collaborazione internazionale sull'impiego di energia nucleare²⁴.

Tra le particolarità del trattato Euratom rispetto al trattato di Roma figuravano il differente sistema di voto ponderato in Consiglio (in relazione alla distinta contribuzione finanziaria degli Stati membri)²⁵ sui due diversi bilanci della Comunità Euratom (il bilancio di funzionamento e il bilancio della ricerca e degli investimenti) ed il diverso quadro istituzionale²⁶.

²⁴ Negli anni '30 vi fu infatti un forte sviluppo dei programmi nucleari, in particolare negli Stati Uniti. Il primo accordo internazionale sull'energia atomica fu l'Accordo di Québec tra U.S.A., Inghilterra e Canada in cui venne istituito un organismo, il *Combined Development Agency*, per l'approvvigionamento accentrato delle materie prime nucleari (uranio e plutonio) da ripartire ai tre Paesi firmatari. Successivamente, nella Conferenza di Potsdam, del 24 luglio 1945, il Presidente Truman affermò di essere in possesso della bomba atomica, sperimentata per la prima volta nel deserto del New Mexico. Pochi giorni dopo le due bombe atomiche vennero sganciate su Hiroshima e Nagasaki, rispettivamente il 6 e l'8 Agosto 1945. In questo stato di febbrile corsa all'armamento nucleare, nel luglio del 1946, gli U.S.A. emanarono la Legge Mac Mahon che reintroduceva un regime di segretezza nella sperimentazione nucleare aumentando la politica di isolamento degli Stati Uniti. Il 31 Gennaio del 1950, il regime di segretezza subì un'incrinatura quando Truman annunciò al mondo lo stadio avanzato delle ricerche sulla creazione di una nuova bomba di distruzione di massa: la bomba ad idrogeno. Nel novembre del 1952 gli U.S.A. annunciarono di avere effettuato la prima esplosione atomica di tipo termonucleare nell'isola di Eniwetok. Nell'agosto del 1953 anche la Russia annunciò l'avvenuta esplosione controllata di una bomba termonucleare. L'agosto del 1953 segna una svolta decisiva della politica internazionale sugli esperimenti nucleari in quanto determinò la situazione di stallo preconizzata dalla dottrina del *Mutual assured destruction*. Nella contrapposizione dei blocchi della guerra fredda, improntata alla guerra del terrore, l'esperimento sovietico mostrò il fallimento strategico della politica di segretezza atomica e atterrì il mondo allorché si assunse la consapevolezza dello scenario di autodistruzione del genere umano. Non a caso, solo pochi mesi dopo, l'8 Dicembre del 1953, il presidente Truman, in un discorso alle Nazioni Unite, propose l'istituzione di un'Agenzia Internazionale per l'Energia Atomica (poi fondata il 29 luglio 1957 con sede a Vienna), aprendo la stagione del collaborazionismo internazionale sulla disciplina della ricerca sull'utilizzazione a scopi pacifici dell'energia nucleare. Così, il 30 Agosto 1954 il Congresso americano emendò la legge Mac Mahon annunciando l'apertura al commercio mondiale di 200 kg di uranio arricchito come esempio di distensione dei rapporti internazionali sull'utilizzo di materiali fissili speciali.

E' in questo quadro di rinnovata apertura alle negoziazioni internazionali a seguito della rottura dell'isolazionismo e della politica della segretezza nella corsa agli armamenti nucleari che si inserisce il negoziato per la conclusione del Trattato Euratom.

²⁵ L'Italia aveva deciso di contribuire in modo uniforme rispetto a Francia e Germania sulla voce del bilancio di funzionamento (28% per Italia, Francia e Germania, 7,9% per Belgio ed Olanda, 0,2% per il Lussemburgo) mentre aveva richiesto espressamente una ponderazione inferiore nell'adozione del bilancio di investimento e ricerca, dove la partecipazione dell'Italia del 23% rispetto al 30% di Francia e Germania (Belgio 9,9%, Olanda 6,9%, Lussemburgo 0,2%). Il diverso sistema contributivo, causa della diversa ponderazione dei voti in Consiglio, si spiega con il diverso stadio di avanzamento dell'industria atomica francese e tedesca rispetto a quella italiana.

²⁶ Sotto il profilo istituzionale, gli organi previsti dal trattato Euratom originariamente erano l'Assemblea, il Consiglio, la Commissione, la Corte di Giustizia, il Comitato economico e

Per quanto riguardava i profili di diritto sostanziale, lo scopo del Trattato non era solo quello di regolamentare in modo uniforme il mercato e la distribuzione dei materiali atomici, ma era anche quello di disciplinare la produzione di energia nucleare.

Tra i compiti del trattato Euratom figuravano infatti la gestione comune di un patrimonio di conoscenze, tecniche e scientifiche, e l'impiego sinergico di risorse finanziarie indispensabili per gli investimenti nel settore della produzione atomica²⁷.

Per quanto riguarda la produzione di energia nucleare, il trattato Euratom imponeva il principio della parità di accesso alle materie prime ed ai combustibili nucleari, istituendo un'Agenzia per l'approvvigionamento che sovrintendeva l'esercizio del diritto di opzione in favore delle imprese che operavano nel settore nucleare. attraverso la concessione del diritto di utilizzazione e consumo dei materiali fissili speciali²⁸, di esclusiva proprietà della Comunità (ora Unione)²⁹.

sociale, il Comitato scientifico e tecnico ed il Gruppo consultivo sanitario. La Commissione oltre ai poteri di iniziativa e di esecuzione delle norme del trattato era dotata di poteri ispettivi e sanzionatori particolarmente incisivi in merito alla tutela della sicurezza e della protezione sanitaria.

Il Comitato scientifico e tecnico era un organo consultivo permanente, composto da 20 membri, che coadiuvava la Commissione nell'esercizio dei poteri previsti dal Trattato Euratom; il parere del Comitato era obbligatorio (ma non vincolante) solo nei casi previsti dal trattato (in particolare nei casi di sicurezza nucleare e di protezione sanitaria), mentre era facoltativo in tutti gli altri casi.

Il Gruppo consultivo sanitario era un organo consultivo non permanente, composto da un insieme di esperti in materia di sanità pubblica, designato dal Comitato scientifico e tecnico, il cui parere veniva richiesto nei casi di necessità per la protezione sanitaria in riferimento a determinati esperimenti nucleari o a seguito di disastri nucleari.

²⁷ Un esempio recente di un progetto internazionale nella ricerca e sviluppo di produzione energetica nel quadro giuridico dettato dal Trattato Euratom è dato del progetto ITER (acronimo di *International Thermonuclear Experimental Reactor*), in collaborazione con la Cina, il Brasile, il Canada, l'India, gli U.S.A, la Russia, il Giappone e la Corea del Sud. Il progetto ITER riguarda la creazione di un reattore a fusione; l'ambizioso scopo del progetto è quello di creare le condizioni per una produzione di energia dalla fusione nucleare controllata, in modo da garantire in astratto una produzione di energia illimitata, sicura e a basso impatto ambientale. A differenza delle centrali a fissione, i reattori a fusione permetterebbero di creare delle reazioni a catena. La sede scelta dai negoziatori per la sperimentazione del progetto ITER è in Francia (presso Cadarache) e il budget previsto per il finanziamento è di 5 miliardi di euro per la costruzione e di altri 5 miliardi per la copertura delle spese di gestione fino al 2020. Il progetto Iter può essere citato come esempio di progettazione di avanguardia che l'Europa ha assunto sin dal precedente progetto JET (*Joint European Torus*), ed in vista del prossimo progetto DEMOS, con la collaborazione degli altri più importanti *partners* mondiali nel quadro degli accordi di associazione previsti dalle norme del Trattato Euratom sulle relazioni esterne della Comunità europea dell'energia atomica.

²⁸ Sono materiali fissili speciali: il plutonio, l'uranio, l'uranio arricchito in uranio 235 e 233, qualsiasi prodotto contenente uno dei suddetti isotopi, nonché altri materiali così qualificati da un elenco definito dal Consiglio a maggioranza qualificata su proposta della Commissione.

Le disposizioni previste dagli artt. 92-100 stabilivano il principio della libera circolazione dei beni e prodotti necessari³⁰ per il funzionamento del mercato e dell'industria nucleare, fatte salve le esigenze imperative di cui all'art. 96 n. 2, nonché la libera circolazione dei capitali destinati a finanziare la produzione nucleare.

L'istituzione di un mercato unico nucleare, simmetricamente a quello delle altre merci, era assicurato dall'abolizione (ai sensi dell'art. 93) dei dazi doganali all'importazione ed all'esportazione, nonché dall'eliminazione di restrizioni quantitative e di tasse ad effetto equivalente. L'art. 97 completava il quadro normativo di disciplina, prevedendo il divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità delle persone fisiche o giuridiche che partecipavano alla costruzione, nel territorio dell'Unione, di impianti nucleari a carattere scientifico o industriale.

In riferimento al rapporto giuridico tra il Trattato Euratom e gli altri trattati (ora TUE e TFUE) valgono considerazioni non dissimili da quelle già formulate sul Trattato CECA.

Anche il Trattato Euratom ha infatti in qualche modo patito il successo dell'approfondimento dell'integrazione europea registrato nel quadro del Trattato CE. Le disposizioni del trattato sull'energia atomica sono confinate nell'ambito del programma quadro sulla ricerca e lo sviluppo tecnologico dell'UE. L'applicazione della disciplina prevista dal Trattato Euratom è stata ostacolata dalla permanenza di specifiche discipline sull'energia nucleare previste negli ordinamenti nazionali degli Stati membri.

Gli Stati membri più avanzati nel settore della produzione atomica hanno infatti cercato di slegarsi dal quadro istituzionale del Trattato per adottare normative sull'energia atomica nel quadro delle legislazioni nazionali.

Con il Trattato di Lisbona, le disposizioni sulla disciplina dell'energia nucleare sono ora contenute nel Protocollo N. 2 che modifica il Trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica. Più in particolare Il Trattato di Lisbona, pur conferendo personalità giuridica internazionale all'Unione europea, la quale è ora abilitata a concludere tutti gli accordi con Stati terzi e organizzazioni internazionali, fa salve le competenze inerenti all'Agenzia per gli approvvigionamenti istituita nel

²⁹ Il regime di proprietà esclusiva della Comunità sui materiali fissili speciali è attenuato dallo *jus in re aliena* esercitato dalle imprese del settore nucleare attraverso il godimento del diritto di utilizzazione e consumo.

³⁰ Materiali nucleari, installazioni e apparecchiature coperte da un certificato della Commissione che ne attestino la destinazione ai fini industriali e non militari.

quadro del Trattato Euratom³¹. Nei limiti stabiliti dal Trattato Euratom, l'Agenzia per gli approvvigionamenti continua a conservare la competenza esclusiva a concludere accordi e convenzioni sulla fornitura di materie fissili speciali, a stipulare contratti con i produttori dei materiali nucleari e ad attribuire diritti di utilizzazione delle energie nucleari in un regime di monopolio di importazione³².

4. Le fonti del diritto europeo dell'energia

Il primo problema logico-giuridico su cui si deve misurare il giurista in materia di diritto dell'energia è quello di definire la competenza delle istituzioni europee nel sistema delle fonti. In breve, a causa della natura espansiva e dinamica dell'energia, è essenziale definire il sistema delle competenze ed individuare la corretta base giuridica dei numerosi atti di diritto derivato sull'energia.

Come si è visto, l'espressione '*paradosso energetico*'³³ evidenzia la situazione per la quale il trattato di Roma non aveva una base giuridica dedicata alle competenze della Comunità in materia di energia, mentre invece nel quadro delle Comunità esistevano due trattati a competenza settoriale specificatamente dedicati alla regolamentazione energetica.

Non a caso, i primi commentatori cominciarono a metter in luce la mancanza di disposizioni del trattato di Roma sull'energia, all'indomani dello *shock* petrolifero del 1973, il quale rivelò drammaticamente la

³¹ Per un'attenta disamina dell'Agenzia e del suo ruolo all'interno della disciplina sull'energia nucleare si rinvia a P MENGGOZZI, '*L'Agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*', cit.

³² Il sistema accentrato di importazioni sui materiali fissili nucleari fu al centro di un complesso e difficile negoziato tra le delegazioni, in particolare per le resistenze della delegazione tedesca, la quale considerava un freno il monopolio pubblico in importazione dei materiali nucleari, rispetto alle necessità di un rapido sviluppo del settore. Solo a seguito dell'accordo politico tra Adenauer e Mollet (noto come il *Compromesso Adenauer-Mollet*) il 21 ottobre del 1956 il Governo tedesco accettò il principio del monopolio di importazione temperato da alcune disposizioni derogatorie, che permettevano alle imprese il rifornimento diretto di materiali nucleari da Paesi terzi nei casi di penuria di materie nucleari e di prezzi abusivi, ovvero largamente eccedenti le condizioni di prezzo del mercato mondiale dei materiali fissili nucleari. L'accordo riuscì a sciogliere le riserve delle delegazioni e a coagulare il consenso attorno al principio dell'uguale accesso alle riserve, come strumento per garantire la sicurezza degli approvvigionamenti alle imprese comuni attraverso i diritti di concessione e di utilizzazione rilasciati dall'Agenzia.

³³ Il primo autore ad utilizzare questa formula è stato C. BLUMANN, '*Energie et Communautés européennes, Première Partie*', in *Rev. Trim. droit europ.*, 1984.

Per una ricostruzione storico – giuridica della competenza comunitaria in materia di energia si veda Y. PETIT, '*A la recherche de la politique européenne de l'énergie*' in *Revue Trim. droit europ.*, 4/06, pp. 594-620; vedi inoltre F. BASTIANELLI, '*La Politica energetica dell'Unione europea e la situazione dell'Italia*', in *La Comunità Internazionale*, 3/06, pp. 443-468; V. P. MAILLET, '*A la recherche de l'introuvable politique énergétique européenne*', in *Revue Marché Commun*, 1988, p. 504 e ss.

situazione di dipendenza energetica della Comunità. Nonostante le Dichiarazioni del Consiglio per gli obiettivi decennali intendessero porre in rilievo nel dibattito politico europeo la questione del *deficit* di competenze dell'Unione sull'energia, solo l'ausilio di un criterio di interpretazione teleologica delle basi giuridiche dei trattati consentì all'Unione di esercitare di fatto le proprie competenze in materia di energia.

In particolare, com'è noto, l'Atto Unico europeo del 1986 rafforzò l'obiettivo della creazione del mercato interno, attraverso la previsione di una scadenza temporale nel 1992 per il raggiungimento di tale obiettivo. L'interpretazione teleologica dell'art 8 A del Trattato CEE imponeva quindi la creazione di un mercato interno dell'energia come obiettivo strumentale alla realizzazione di un mercato interno *tout court*, tenuto conto dell'impatto del mercato energetico sui costi di produzione e sulla competitività delle imprese.

Così, a partire dalla seconda metà degli anni '80, le istituzioni europee hanno cominciato ad adottare una disciplina sull'energia nel quadro giuridico del Trattato di Roma.

La legittimità degli atti interni, in assenza di disposizioni specifiche sull'energia nel Trattato CEE, poneva delicati problemi con il principio di attribuzione delle competenze, principio strutturale del diritto dell'Unione. L'erosione del principio di attribuzione delle competenze al deliberato scopo di legittimare l'adozione di atti comunitari in materia di energia è avvenuta lungo due direttrici, confermando quella che altrove è stata definita '*l'espansione materiale delle competenze della Comunità*'³⁴.

In primo luogo, la definizione di '*energia*', ora come merce, ora come servizio, ad opera della giurisprudenza della Corte di Giustizia ha contribuito ad estendere l'ambito di applicazione dei principi fondamentali della libera circolazione dei beni e della libera circolazione dei servizi all'energia.

In secondo luogo, attraverso il ricorso all'art 95 CE (ora art. 114 TFUE) per l'adozione degli atti interni sulla liberalizzazione dei mercati energetici ed all'art. 308 CE (ora art. 352 TFUE) per la conclusione di accordi internazionali sulla sicurezza energetica l'Unione è riuscita in

³⁴ Per una bibliografia sul punto si rimanda a A. TIZZANO (a cura di), '*Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*', Giuffrè, Milano, 2006; F. POCAR (a cura di), '*Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*', CEDAM, Padova, 2001; P. MENGOZZI, '*Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione Europea*', seconda edizione, CEDAM, 2006; G. TESAURO, '*Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*' in *Diritto dell'Unione Europea*, 2/06, pp. 235-252; N. MAC CORMICK, '*La sovranità in discussione*', Bologna, 2003; G. GAJA, '*Introduzione al diritto comunitario*', Laterza, Roma-Bari, 2005.

parte a colmare l'assenza di una base giuridica unitaria per la disciplina dell'energia.

Tuttavia, in assenza di una base giuridica sulla competenza energetica dell'Unione, la disciplina materiale del diritto europeo dell'energia si è arricchita, di volta in volta, della produzione normativa di diritto derivato, fondandosi ora sul diritto della concorrenza, ora sul diritto ambientale, ora sui rapporti bilaterali, ora sulle relazioni esterne.

Ciascuno dei citati ambiti ha inteso disciplinare il settore energetico contemplando (solo) gli aspetti materiali di cui il profilo energetico costituiva una componente rilevante.

L'estrema parcellizzazione della materia *de quo* crea dei problemi tanto all'interprete quanto al legislatore. All'interprete si impone un'opera di ricostruzione sistematica in grado di offrire una lettura univoca ad un insieme eterogeneo di norme che sia armonica con le varie disposizioni dei trattati e che sia in grado di garantire la coerenza interna della materia. La frammentarietà del diritto europeo dell'energia ha inoltre impedito al legislatore di adottare un approccio globale ed integrato sulle scelte energetiche di lungo termine.

Dall'analisi storica dell'evoluzione della competenza energetica dell'Unione emerge come accanto al nucleo storico della normativa *antitrust* in campo energetico siano emersi ulteriori profili della disciplina energetica che finivano per incidere, direttamente ovvero indirettamente, sulla tutela ambientale e sulla tutela della sicurezza energetica.

La combinazione di obiettivi di tutela della concorrenza, protezione dell'ambientale e salvaguardia della sicurezza degli approvvigionamenti energetici ha creato il problema dell'individuazione della corretta base giuridica³⁵, ovvero dell'ammissibilità di atti energetici adottati su un doppio fondamento normativo³⁶.

³⁵ Con il termine '*base giuridica*' si intende individuare la disposizione del trattato sulla quale si fonda la competenza dell'Unione per adottare un atto di diritto derivato; la scelta della corretta base giuridica ha un'incidenza diretta sulla determinazione della procedura che si deve seguire per adottare l'atto comunitario, e indiretta sul contenuto dell'atto stesso. Quando la scelta di una base giuridica difetta di evidenza, in quanto una stessa proposta legislativa può essere rilevante per differenti articoli del trattato, si pone il problema della scelta della base giuridica

Il problema della sovrapposizioni delle basi giuridiche rileva in particolare per le materie orizzontali ovvero per quelle materie, come ad esempio l'ambiente, i cui profili percorrono orizzontalmente una serie di politiche comunitarie, dalla politica agricola alla politica industriale, passando per il mercato interno.

³⁶ La giurisprudenza della CG sulla doppia base giuridica ha avuto un senso evolutivo che qui si intende brevemente richiamare per l'utilità che i criteri emersi da tale giurisprudenza possono avere nell'individuazione della corretta base giuridica in materia di politica energetica.

In principio, la Corte di Lussemburgo aveva escluso la possibilità che un atto si fondasse su una duplice disposizione del trattato, in quanto questo avrebbe dato luogo al ricorso a due procedure di adozioni dell'atto tra di loro incompatibili (v. in particolare, sentenze 11 giugno 1991, *Commissione c. Consiglio*, dette '*Diossido di titanio*', C-300/89, in *Racc.* p. I-2867, punto 1°, e

Com'è noto, il principio di attribuzione delle competenze richiede che ogni atto di diritto dell'Unione debba fondarsi su una (ed una sola) base giuridica presente nei trattati.

Tuttavia la Corte di Giustizia ha ammesso l'ipotesi che atti di diritto dell'Unione possano essere basati su un duplice fondamento normativo, individuando due possibili alternative. Si può verificare una situazione di 'apparenza' di una doppia base giuridica quando una norma di diritto derivato si potrebbe astrattamente fondare su due distinte basi giuridiche; in tal caso, non si tratta di un doppio fondamento normativo, ma di un'unica base giuridica che deve essere individuata avendo riguardo allo scopo (o obiettivo) prevalente della norma³⁷. In un secondo caso, si può avere una norma di diritto derivato che si fonda su una doppia base giuridica perché lo scopo della norma è intrinsecamente bidimensionale in quanto non sia possibile individuare una situazione di prevalenza di un obiettivo rispetto ad un altro.

Il problema della scelta della base giuridica si presenta sovente nel *drafting* legislativo sull'energia, considerando la pluridimensionalità degli obiettivi della politica energetica e le diverse procedure di adozione degli atti che la scelta di un determinato fondamento normativo comporta.

5. La natura concorrente della competenza sull'energia ai sensi dell'art. 4 lett. i) TFUE

In assenza di un fondamento normativo unitario, l'Unione ha esercitato la sua competenza energetica in via di fatto, dando origine ad una legislazione energetica frammentata, fondata su una serie di basi giuridiche e, segnatamente, sull'art. 114 TFUE (già art. 95 CE). Ciò ha influito non solo nel modo di essere della normativa sovranazionale (settoriale e non integrata), ma anche sul suo contenuto.

Infatti, la fragilità del fondamento normativo su cui si è poggiata l'azione energetica dell'Unione si è tradotta nella debolezza del contenuto

25 febbraio 1999, *Parlamento c. Consiglio*, C-164/97 e 165/97, in *Racc.* p. I-1139, punto 12). Successivamente, la Corte era giunta alla conclusione che la determinazione della corretta base giuridica dovesse fondarsi su criteri oggettivi quali il contenuto principale dell'atto, lo scopo preponderante e infine come ultimo criterio residuale il grado di partecipazione più ampia del Parlamento europeo.

Da ultimo una recente tendenza conclude nel senso dell'ammissione al ricorso ad una doppia base giuridica con la combinazione delle procedure più gravi nel senso di una preferenza della co-decisione rispetto alle altre procedure di adozione dell'atto e la preferenza del voto all'unanimità rispetto ai criteri di votazione a maggioranza.

³⁷ In tal senso, v. sentenza della Corte di Giustizia 9 ottobre 2001, *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, in causa C-377/98, in *Racc.* p. I-7097, punti 27-29.

vincolante di taluni istituti giuridici previsti dalla regolamentazione energetica. Nell'esercizio delle propria competenza sullo sfruttamento delle risorse energetiche e sulla sicurezza degli approvvigionamenti gli Stati membri sono riusciti ad allargare le maglie delle deroghe ai principi della libera concorrenza, strumentalizzando l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico per proteggere i propri 'campioni nazionali'.

L'esistenza di una competenza concorrente '*di fatto*' nel settore dell'energia ha influito non solo sull'inefficacia del contenuto obbligatorio della normativa europea, ma anche sul sistema degli enti regolatori. Piuttosto che affidare alla Commissione il ruolo di regolatore centralizzato nel comparto energetico, la normativa sovranazionale ha preferito percorrere la via del rafforzamento della regolamentazione decentrata, attraverso l'attribuzione di compiti e responsabilità alle singole Autorità nazionali, lasciando alla Commissione il ruolo di coordinamento. Tale '*modello di cooperazione orizzontale*' è risultato largamente inadeguato perché segnato da profonde divergenze tra i diversi enti regolatori, sia sotto il profilo della loro indipendenza rispetto agli organismi di governo che sotto il profilo dell'efficacia dei poteri sanzionatori e di intervento³⁸.

In breve, come sottolinea autorevole dottrina, 'nel comparto energetico la cooperazione orizzontale costituisce una necessità ed un limite all'azione ed alle competenze comunitarie, largamente dipendenti dall'attuazione che...vorranno fare gli Stati membri e le Autorità nazionali di regolazione'³⁹. Essa è una necessità imposta dalla natura concorrente della competenza energetica ed è un limite perché nell'esercizio di tale competenza, quando gli interessi degli Stati membri coincidono con gli interessi dei propri 'campioni nazionali' finiscono (quasi) inevitabilmente con pregiudicare l'interesse generale dell'Unione.

Con il Trattato di Lisbona, il riconoscimento della competenza energetica ai sensi dell'art. 194 TFUE e l'esplicitazione della natura concorrente della stessa, ai sensi dell'art. 4 lett. i) TFUE, contribuisce, da un lato, a rafforzare l'azione dell'Unione nella disciplina dell'energia e, dall'altro, chiarisce la ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri. Tuttavia, come si vedrà nel corso della trattazione (*infra*

³⁸ Per un'analisi di tale modello di *governance* si rinvia a A. ILIOPOULOU, 'La méthode ouverte de coordination: un nouveau mode de gouvernance dans l'Union Européenne', in *Cah. droit européen*, 4/06, pp. 315-341.

³⁹ Così. F. MUNARI, 'Il nuovo diritto dell'energia: il contesto comunitario e il ruolo degli organi europei' in *Diritto dell'Unione europea*, 4/06, p. 892 e ss. L'Autore sottolinea come il solo art 95 TCE sia insufficiente a fondare una competenza energetica europea e rischi di creare una conflittualità diffusa tra gli Stati membri e la Comunità dando luogo a periodi di '*tensioni energetiche*'. Per un approfondimento dell'art 95 vedi L. S. ROSSI, L'art 100 A ed il funzionamento del mercato interno, in *Foro it.*, 1996, c. 284 e ss.

cap. IV) il riconoscimento della natura concorrente della competenza energetica non preclude la possibilità di estendere la competenza dell'Unione, in particolare nel settore della sicurezza energetica, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia sugli accordi internazionali conclusi dall'Unione.

6. L'art. 194 del TFUE

Il Trattato di Lisbona prevede, nel titolo XXI, l'articolo 194 TFUE che introduce una base giuridica specifica per l'istituzione di una politica europea dell'energia. In base alla nuova disposizione del trattato, la politica energetica europea, in uno spirito di solidarietà tra gli Stati membri, ha lo scopo: a) di assicurare il funzionamento del mercato interno dell'energia, b) garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico, e c) preservare la tutela ambientale attraverso il risparmio energetico e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili.

La procedura di adozione degli atti di diritto europeo dell'energia è la procedura di co-decisione elevata, nel nuovo trattato, al rango di procedura legislativa ordinaria. In deroga a quanto previsto nell'art. 194, par. 1, TFUE si applica una procedura legislativa speciale che prevede il voto all'unanimità in Consiglio, previa la consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni, qualora un atto del diritto dell'Unione incida sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta delle sue fonti di energia e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico. Infine, ai sensi dell'art. 194, par. 3, TFUE, il voto all'unanimità in Consiglio e la previa consultazione del Parlamento europeo sono altresì richiesti nel caso in cui le misure energetiche adottate abbiano principalmente una natura fiscale.

È interessante notare come rispetto all'articolo III – 157 del Progetto di Trattato che adotta una Costituzione sia stato aggiunto, su esplicita richiesta del governo del Regno Unito, l'inciso per cui le misure energetiche non possono limitare il diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche.

Rispetto, invece, all'articolo III-256 del Trattato-costituzionale⁴⁰ è stato aggiunto l'obiettivo dell'interconnessione delle reti energetiche,

⁴⁰ Per un'analisi sulla natura giuridica del trattato costituzionale ed alle principali novità in esso contenute, si rinvia a L. S. ROSSI, (a cura di) *'Il progetto di Trattato – Costituzione. Verso una nuova architettura dell'Unione Europea'*, Giuffrè, Milano, 2004. Con particolare riferimento allo svolgimento dei negoziati per l'adozione del Trattato-costituzionale, i lavori della CIG aveva dimostrato l'esistenza di due posizioni contrastanti. Da un lato vi erano dei Paesi che volevano una politica energetica europea *'minimale'* capace di risolvere il solo problema della dipendenza energetica attraverso il rafforzamento del mercato interno dell'energia e la previsione di massicci

nonché il richiamo allo spirito di solidarietà tra gli Stati membri; quest'ultimo elemento, letto in combinato disposto con l'articolo 122 TFUE (ex articolo 100 CE) che cita esplicitamente l'ipotesi di 'grave difficoltà nell'approvvigionamento dei prodotti energetici', sottolinea una rinnovata consapevolezza da parte dell'Unione dell'importante sfida sulla sicurezza energetica.

Infine, la Dichiarazione n. 35, allegata al Trattato di Lisbona ribadisce come in nessun caso l'art. 194 TFUE può essere interpretato nel senso di limitare il diritto degli Stati membri di prendere le misure necessarie per garantire il loro approvvigionamento energetico alle condizioni previste dall'articolo 297 TFUE⁴¹.

investimenti nella ricerca sulle fonti rinnovabili. Dall'altro vi era un gruppo di Paesi favorevoli ad una ulteriore cessione di sovranità delle competenze energetiche in favore delle istituzioni europee, per la creazione di una nuova politica energetica completa e globale.

⁴¹ La dichiarazione n. 35 pone in rilievo le resistenze di quegli Stati membri, (*in primis*, la Gran Bretagna) che si sono opposti alla cessione di ulteriori terreni di sovranità nazionale sul controllo delle risorse energetiche. Bisogna del resto tener conto dei forti interessi nazionali legati allo sfruttamento delle risorse energetiche che sono considerate strategiche per la sicurezza nazionale.

CAPITOLO II

ENERGIA, MERCATO INTERNO E CONCORRENZA

SEZIONE I – IL MERCATO INTERNO DELL'ENERGIA.

1. La qualificazione giuridica dell'energia come merce. – 2. L'energia come servizio. – 3. La prima fase delle liberalizzazioni: l'apertura dei mercati nazionali alla libera concorrenza. – 3.1. *La creazione di nuovi impianti.* – 3.2. *Accesso alla rete.* – 3.3. *Il principio di separazione: natura e funzioni.* – 3.4. *Obblighi di servizio pubblico.* – 4. La seconda fase delle liberalizzazioni: verso il mercato interno dell'energia. – 5. Il principio del libero accesso alla rete. – 6. Il principio di separazione e le sue tipologie. – 6.1. *La separazione contabile.* – 6.2. *La separazione amministrativa.* – 6.3. *La separazione legale* – 7. Il principio della libera scelta dei fornitori da parte degli utenti finali. – 8. L'attuazione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE. – 9. Verso la terza fase di liberalizzazione dei mercati dell'elettricità e del gas? – 10. La legislazione procedurale ed il sistema di regolamentazione multilevel: il concerto regolamentare europeo dell'energia.

SEZIONE II – LA CONCORRENZA NEI MERCATI DELL'ENERGIA.

1. Introduzione. – 2. I mercati dell'energia elettrica e del gas. – 2.1. *Il mercato merceologico rilevante dell'elettricità.* – 2.2. *Il mercato geografico rilevante dell'elettricità.* – 2.3. *Il mercato merceologico rilevante del gas.* – 2.4. *Il mercato geografico rilevante del gas.* – 3. L'articolo 101 TFUE nel settore dell'energia. – 3.1. *Le restrizioni orizzontali.* – 3.2. *Le restrizioni verticali.* – 4. Gli accordi di fornitura di lunga durata. – 5. L'abuso di posizione dominante nei mercati dell'energia. – 5.1 *L'inquadramento teorico dell'articolo 102 TFUE nell'energia.* – 5.2 *Prassi applicativa alle imprese energetiche.* – 5.3. *Prezzi sottocosto, prezzi eccessivi e prezzi discriminatori.* – 5.4. *La vendita collegata di elettricità e gas.* – 5.5. *Altre ipotesi di violazione dell'articolo 102 TFUE.* – 6. La disciplina degli aiuti di Stato nell'energia. – 6.1 *Gli aiuti di Stato nel Trattato CECA.* – 6.2. *Gli aiuti di Stato nel Trattato Euratom.* – 6.3. *Gli aiuti di Stato in materia di energia nel TFUE.* – 6.4. *La giurisprudenza della Corte sugli aiuti di Stato nel settore energetico.* – 6.5. *L'applicazione delle deroghe di cui all'articolo 107 TFUE, par. 3, ai mercati energetici.* – 6.6 *Gli aiuti di Stato e le misure a tutela dell'ambiente nei mercati energetici.* – 6.7 *Gli aiuti di Stato e le misure di reintegrazione dei costi non recuperabili dell'elettricità.* – 6.8 *Gli aiuti di Stato e gli aiuti alla*

ricerca energetica. – 7. Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale e applicabilità dell’art. 106, par. 2, TFUE, nell’energia. – 7.1. Il processo di liberalizzazione dei servizi energetici e la normativa settoriale sugli obblighi di servizio pubblico: dall’eccezione alla regola. – 7.2. Rapporto tra le norme settoriali sugli obblighi di servizio pubblico e l’articolo 106, par. 2, TFUE. – 7.3. La giurisprudenza sui SIEG nell’energia. – 7.4. Alcune considerazioni (non) conclusive sui SIEG nell’energia.

1. La qualificazione giuridica dell’energia come merce

La fragilità strutturale del diritto europeo dell’energia è stata, in parte, colmata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha svolto una funzione pretoria e suppletiva, in particolare attraverso l’estensione della disciplina relativa alla libera circolazione delle merci ai prodotti energetici, per garantire la lenta evoluzione della competenza dell’Unione sull’energia.

In vero, secondo un orientamento originato con la celeberrima pronuncia *Costa c. Enel*⁴² e successivamente ribadito con giurisprudenza consolidata ‘è pacifico nel diritto dell’Unione, come d’altronde nei diritti nazionali, che l’energia elettrica costituisca una merce’⁴³.

La definizione dell’energia come merce è di fondamentale importanza: su di essa si basa il concetto di mercato interno dell’energia, ovvero di un mercato unico, privo di frontiere, in cui l’energia possa costituire libera merce di scambio⁴⁴.

⁴² Sentenza della Corte di Giustizia, in causa C-6/64, *Costa c. Enel.*, in *Racc.* 1964, p. I-1127.

⁴³ Così, Corte di Giustizia, in causa C-393/92 *Comune di Almelo c. NV Energiebedrijf*, in *Racc.* 1994, p. I-1477, punto 28. Per una ricostruzione dell’orientamento giurisprudenziale in tema di qualificazione giuridica dell’energia come merce si rinvia alle cause *Francia c. Commissione*, C-202/88 in *Racc.*, p. I-1223; causa *Höfner Macrotron*, C-41/90 in *Racc.* p. I-1979; causa *ERT*, C-260/89 in *Racc.* p. I-2951; causa *Porto di Genova*, C-179/90 in *Racc.* p. I-5889; causa *RTT*, C-18/88 in *Racc.* p. I-5973; *Commissione c. Paesi Bassi*, in *Racc.* p. I-5699; causa *Commissione c. Italia*, C-158/94 in *Racc.* p. I-5789; causa *Commissione c. Francia*, C-159/94 in *Racc.* p. I-2925-.

⁴⁴ F. CAPOTORTI, ‘Normativa comunitaria ed energia elettrica’ in ‘Mercato europeo e diritto dell’energia’, Atti del Convegno di Studi di Matera, in *Quaderni della Rassegna giuridica dell’energia elettrica*, Milano, 1990, p. 33 e ss.; A. LA PERGOLA, ‘Integrazione europea e nuove prospettive dell’attuazione delle politiche comunitarie’ (con speciale riguardo al mercato dell’energia), in *Rass. Giur. Ener. El.*, 1990, p. 321 e ss.; L. MEZZETTI, ‘L’energia e l’Europa: prospettive per il mercato interno’ in *Rass. Giur. Ener. El.*, 1988, p. 875 e ss.; MOTZO, ‘Mercato europeo e diritto dell’energia: il regime pubblicistico dell’energia elettrica’, in ‘Mercato europeo e diritto dell’energia’, Atti del Convegno di Studi Matera, 1989, pag. 19 e ss.; A. COLAVECCHIO, ‘Energia elettrica’ in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 2005, pp. 233-325; G. GENTILE, P. GONNELLI (a cura di), ‘Manuale di diritto dell’energia’, Giuffrè, Milano, 1994; N. AICARDI, ‘Energia’ in M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di) ‘Trattato di diritto amministrativo europeo’, Parte Speciale, Vol. II, Milano, 2007, p. 691 e ss.; M. POLITI, ‘Energia’

Tale qualificazione giuridica comporta, come ovvia conseguenza, l'applicazione ai prodotti energetici della disciplina riguardante la libera circolazione delle merci; tuttavia le esigenze di ricostruzione unitaria della categoria dell'energia non devono sottacere le differenze che sussistono, orizzontalmente, tra i vari tipi di energie e, verticalmente, tra le varie fasi in cui si sviluppa la filiera dell'industria energetica.

Ai sensi dell'art 3 della direttiva 2006/32/CE lettera a), per energia s'intende «qualsiasi forma di energia commercialmente disponibile, inclusi elettricità, gas naturale (compreso il gas naturale liquefatto) ed il gas di petrolio liquefatto, qualsiasi combustibile da riscaldamento o raffreddamento (compresi il teleriscaldamento ed il teleraffreddamento), carbone e lignite, torba, carburante per autotrazione e biomassa».

Per biomassa ai sensi dell'art 2 della direttiva 2001/77/CE lettera b) s'intende «la parte biodegradabile dei prodotti, rifiuti e residui provenienti dall'agricoltura, dalla silvicoltura e dalle industrie connesse, nonché la parte biodegradabile dei rifiuti industriali ed urbani».

Il riconoscimento dei rifiuti come 'merci' è avvenuto (solo) in tempi relativamente recenti con la pronuncia del 9 luglio 1992 nella causa *Commissione c. Belgio*⁴⁵, dove la Corte di Giustizia ha affermato che i rifiuti, riciclabili e non, devono considerarsi prodotti la cui circolazione, in conformità con l'articolo 28 CE (ora 34 TFEU) non deve essere impedita, se non nei casi previsti dalle norme del trattato stesso.

In tal modo, la Corte ha respinto l'idea di limitare la qualificazione di merce ai (soli) rifiuti riciclabili, rilevando come la distinzione tra rifiuti riciclabili e non riciclabili è transeunte, in quanto sottoposta alla possibilità di riciclo connessa al progresso tecnico, ed è altresì necessariamente soggettiva, poiché dipende dalla redditività del riutilizzo prospettato, ovvero dal costo del riciclo.

Le energie, in quanto merci, possono essere suscettibili di valutazioni economiche e possono formare oggetto di contratti ad effetti traslativi⁴⁶.

nel diritto comunitario, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, , Vol. VI, Utet, Torino, 1991, pp. 1-11.

⁴⁵ Sentenza della Corte 9 luglio 1992 in causa C-2/90, *Commissione c. Belgio*, in *Racc.* p. I-4431.

⁴⁶ Il riconoscimento dell'energia elettrica come cosa o come bene mobile è una conquista del secolo scorso grazie ai contributi originali di eminenti giuristi, quali Carnelutti e Bonfante, decisi a sfidare il dogma della tradizione romanistica che assumeva come punto di riferimento la materialità delle cose intese come loro percepibilità; il peso della tradizione romanistica con la distinzione tra *res corporales* e *res incorporales* aveva influenzato direttamente la pandettistica tedesca (con la limitazione nell'art 90 del BGB del concetto di cosa in senso giuridico solo agli oggetti corporali), ed indirettamente anche la codicistica italiana. L'articolo 624, secondo comma del codice penale italiano, com'è noto, stabilisce che '*agli effetti della legge penale si considera cosa mobile anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia valore economico*'; analogamente, l'idea che le energie non siano beni o cose in sé dal punto di vista naturalistico in

Tuttavia, le energie ed i relativi mercati sono caratterizzati da specificità di natura tecnica, politica ed economica, che rendono la materia particolarmente refrattaria a soggiacere alla disciplina generale sulla circolazione ed alla normativa *antitrust*⁴⁷.

Va considerato, infatti, che l'energia assume, in realtà, una duplice rilevanza: sul piano strumentale, dato che essa condiziona ampiamente tutti i processi produttivi, e sul piano finale, perché essa costituisce un vasto mercato rilevante.

Dal punto di vista merceologico, la strumentalità delle fonti energetiche rispetto al funzionamento dei sistemi economici ed industriali (in particolare, nel settore dei trasporti) degli Stati membri incide profondamente sulla formazione del prezzo⁴⁸ dei prodotti energetici e si ripercuote nella tendenziale strutturazione monopolistica dei singoli

quanto immateriali e incorporei, ma solo equiparate giuridicamente ad essi per il ricorso ad una *fiction* giuridica è richiamata dall'articolo 814 del codice civile italiano per il quale *'si considerano beni mobili le energie naturali che hanno valore economico'*. Solo le argomentazioni di Carnelutti e Bonfante hanno attribuito all'energia la dignità di cosa e di beni mobili immateriali ponendo in risalto come il *tangi possunt* dei Romani andasse interpretato non solo in senso fisico e naturalistico, ma anche in tutta la sua estensione logica. Sul punto vedi A. MASI, *'L'energia elettrica come cosa nella dottrina italiana degli inizi del secolo'* in *Rass. Giur. Ener. El.*, 1994, pp 1 e ss.; F. CARNELUTTI, *'Studi sulle energie'*, I, pag 375 e ss., 1913, BONFANTE, *'Natura del contratto di somministrazione dell'energia elettrica'*, in *Foro it.*, 1901, I, c. 900. L'eco del dibattito sulla natura giuridica dell'energia ha finito per estendersi anche in tempi più recenti, affannando la dottrina italiana ed europea sulla qualificazione giuridica e sulla natura del contratto di somministrazione dell'energia elettrica e del gas. Per ulteriori approfondimenti si veda G. GENTILE, *'Lezioni di diritto dell'energia. Le nuove tematiche'*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 3 e ss.

⁴⁷ Prima dell'emanazione della normativa di diritto derivato in materia di energia, i primi interventi della Corte di Giustizia hanno avuto, come parametro normativo di riferimento, le norme del trattato sui principi fondamentali della libera circolazione. Il riconoscimento della natura merceologica dei prodotti energetici non ha tuttavia determinato la trasposizione *sic et simpliciter* della giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla libera circolazione delle merci; ha piuttosto spostato la 'resistenza' della materia energetica dal piano definitorio a quello dei limiti e delle deroghe consentite alla libera circolazione.

⁴⁸ La mancanza dei beni sostitutivi ai prodotti energetici rende per definizione il prezzo dell'energia sempre *'affordable'* perché necessario alla vita quotidiana delle imprese e dei consumatori finali.

Il prezzo delle fonti di energia non si misura in termini di possibilità economica, ma in termini di ragionevolezza economica, nel senso che un prezzo dell'energia è ragionevole nel momento in cui il suo aumento non abbassa il dinamismo economico e sociale, né la qualità di vita degli individui.

L'intreccio di interessi pubblicistici nella determinazione del prezzo dell'energia è il fondamento economico che sottende la nozione giuridica di prezzo amministrato per fonti di energia quali, ad esempio, il gas e l'elettricità.

Per la disamina dell'impatto dei prezzi amministrati sulla disciplina della concorrenza e le libertà di circolazione, vedi G. M. ROBERTI, A. TIZZANO, *'Tariffe e prezzi amministrati: profili di diritto comunitario'*, in *Foro It.* IV, 1995, c. 310 e ss.

mercati delle fonti energetiche, organizzati tradizionalmente in società pubbliche verticalmente integrate.

Il riconoscimento dei caratteri essenziali⁴⁹ e strumentali dell'energia rispetto alle altre categorie merceologiche è un dato acquisito come ha affermato la Corte nella sentenza *Campus Oil*, laddove ha statuito che 'i prodotti petroliferi, in ragione della loro eccezionale importanza come fonti di energia nell'economia moderna, sono essenziali per l'esistenza di uno Stato poiché da loro dipendono il funzionamento non solo dell'economia, ma soprattutto delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali, e perfino la sopravvivenza della popolazione'⁵⁰.

Tuttavia, non è lecito dedurre da tale riconoscimento l'esenzione *tout court* di un prodotto energetico (nel caso di specie si trattava di prodotti petroliferi) dall'applicazione dei principi del diritto dell'Unione in materia di libera circolazione delle merci: si tratta piuttosto di sottolineare l'esigenza di tipizzare e specificare più dettagliatamente, in normative di diritto derivato, le deroghe previste dall'art. 30 CE (ora art. 36 TFUE) relative al divieto di restrizioni quantitative alle importazioni ed alle misure di effetto equivalente⁵¹.

2. La qualificazione giuridica dell'energia come servizio

Se, sotto il profilo statico, l'energia è qualificabile come una merce oggetto di scambio alle condizioni ed ai limiti previsti dal trattato, sotto il profilo dinamico le attività connesse alla fornitura, al trasporto, alla

⁴⁹ Il carattere essenziale delle fonti energetiche si traduce anche nella valenza strategica delle stesse perché diviene un interesse fondamentale dello Stato quello di garantire che la mancanza di fonti energetiche non comprima le capacità di produzione nazionale (e, più in generale la competitività del sistema Paese), e non attenti alla vita della popolazione nel caso in cui eventi sfavorevoli sia di tipo militare, sia di ordine naturale dovessero interrompere le forniture energetiche e ciò in particolare per i paesi caratterizzati da un forte grado di dipendenza energetica dall'estero.

Nel caso specifico dell'Italia poi, la conformazione molto allungata del territorio e la dislocazione al Nord della maggior parte degli impianti produttivi di energia, è stata più volte invocata da diversi governi italiani che hanno presentato osservazioni nei procedimenti giurisdizionali comunitari in materia di energia, per accentuare il valore strategico della pianificazione pubblica dei mercati energetici italiani; tale atteggiamento trae il suo fondamento dalla legge 1643/1962 di nazionalizzazione dell'energia elettrica, in cui si attribuiva la solenne investitura all'Enel spa del compito di «fornire una disponibilità di energia elettrica adeguata per qualità e prezzo alle esigenze di un equilibrato sviluppo economico del Paese», al fine di prevenire eventuali diseconomie destinante a tradursi in un generale aumento dei prezzi per gli utenti delle regioni del mezzogiorno.

⁵⁰ Sentenza della Corte di Giustizia in causa C-72/83, *Campus Oil*, in *Racc.* p. I-2727 punto 34.

⁵¹ Ed infatti, tra le deroghe consentite dal trattato, l'esigenza di garantire la pubblica sicurezza è stata quella che i governi nazionali hanno più volte invocato per giustificare le misure restrittive adottate a livello nazionale.

distribuzione ed all'estrazione continua di energia rientrano nella nozione di 'servizio'.

Le due qualificazioni emerse per l'energia non sono per loro natura incompatibili ed anzi risultano vicendevolmente collegate: l'energia come servizio riflette, infatti, le varie fasi della filiera produttiva dell'energia che ha come approdo finale la negoziazione sullo scambio e la cessione dei prodotti energetici presso gli utenti finali.

I servizi relativi all'energia rientrano dunque nella definizione residuale di cui all'articolo 50 CE (ora art. 57 TFUE) ed altresì nell'ambito di applicazione di cui all'art 86, par. 2, (ora art. 106, par. 2, TFUE) come servizi di interesse economico generale.

Tralasciando, per ora, il problema della conflittualità tra la disciplina della concorrenza e la permanenza di diritti speciali e di esclusiva in capo alle imprese che operano nei settori energetici (vedi *infra* Cap. II, sez. II) si tratta di analizzare le specificità dei servizi energetici, illustrando le ragioni fondamentali della loro organizzazione sulla base di monopoli nazionali.

A tale riguardo è necessario distinguere, verticalmente, tra le singole fasi del processo di produzione e distribuzione ed, orizzontalmente, tra il settore elettrico, quello del gas, nonché quelli degli idrocarburi e delle fonti rinnovabili.

In riferimento al settore elettrico, il ciclo produttivo globale dell'energia elettrica si compone essenzialmente di cinque fasi: la generazione, il dispacciamento, la trasmissione, la distribuzione e la fornitura.

La generazione è la fase della filiera elettrica che attiene alla produzione di energia elettrica, mentre il dispacciamento è la fase in cui il gestore della rete di trasmissione riceve i flussi di energia prodotti dagli impianti di generazione e li smista nella rete ad altissima tensione. La trasmissione è la fase che concerne il trasporto di energia elettrica sul sistema interconnesso ad altissima ed alta tensione ai fini della consegna ai clienti finali o ai distributori, e senza ricomprendere la distribuzione. La distribuzione è la fase in cui in cui l'energia elettrica viene trasportata su sistemi di distribuzioni ad alta, media e bassa tensione per le consegne ai clienti, senza ricomprendere la fornitura. Infine, la fornitura è il servizio che attiene alla vendita o alla consegna dell'energia elettrica ai clienti finali.

Da questa breve descrizione si comprende facilmente come l'energia elettrica sia un classico esempio di 'servizio a rete'⁵² in cui

⁵² La struttura dei monopoli naturali è tipica dei servizi a rete quali i trasporti ferroviari, le telecomunicazioni, la fornitura di elettricità e di gas, il servizio postale; tali servizi di pubblica utilità per le loro caratteristiche tecniche, presuppongono la realizzazione, la gestione ed il

l'esecuzione della prestazione caratteristica avviene contemporaneamente, e su tutto il territorio nazionale, attraverso l'utilizzo di reti, ovvero di un sistema connesso di linee ad alta, media e bassa tensione.

Le circostanze fattuali di ordine tecnico-economico⁵³ unite a considerazioni di tipo politico-sociale⁵⁴ hanno tradizionalmente spinto a considerare come monopolio naturale l'intero ciclo produttivo globale dell'energia elettrica.

Sul piano giuridico questo ha comportato che gli ordinamenti nazionali degli Stati membri avessero riservato direttamente (ad imprese pubbliche o a prevalente partecipazione pubblica) o indirettamente (ad imprese private mediante la concessione di diritti speciali o esclusivi) l'esercizio dei servizi pubblici nel campo energetico.

3. La prima fase delle liberalizzazioni: l'apertura dei mercati nazionali alla libera concorrenza

Il processo di creazione del mercato interno dell'energia ebbe inizio nel 1992 con la presentazione da parte della Commissione europea⁵⁵ di una proposta di direttiva in materia di elettricità e gas; le

mantenimento delle reti. I costi di installazione, gestione ed adeguamento della rete sono spesso talmente alti da essere difficilmente ammortizzabili con il reddito proveniente dall'utenza; ciò determina di sovente l'unicità della rete, in quanto solo alcune imprese (per lo più imprese pubbliche con fondi statali) riescono a realizzare infrastrutture di rete. Le infrastrutture di rete costituiscono una barriera all'ingresso nel mercato di nuovi concorrenti, garantendo alle imprese operanti l'immunità rispetto ai vincoli ed ai condizionamenti economici derivanti dal dispiegarsi della libera concorrenza.

Le reti possono essere sia di tipo materiale (come nel caso della somministrazione di energia), sia di tipo immateriale (come avviene ad esempio per il trasporto aereo) e servono essenzialmente al collegamento fra le sedi di produzione dei beni o dei servizi e quelle di fruizione. Il sistema dei servizi a rete può essere sia unidirezionale (verticalmente dal produttore al consumatore), sia pluridirezionale (quando i consumatori, utenti del servizio sono anche i produttori). La fornitura di energia elettrica o di gas sono tipici servizi a rete unidirezionali in cui la rete collega i punti di produzione ai punti di consumo; diversamente, ad esempio, le telecomunicazioni sono un servizio a rete pluridirezionale, essendo gli stessi utenti a loro volta sia fruitori che produttori. Per ulteriori approfondimenti in materia si rinvia, tra gli altri, a E. FERRARI (a cura di), *'I servizi a rete in Europa'*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 325 e ss.

⁵³ Dal punto di vista tecnico, è noto che la rete elettrica, così com'è strutturata oggi, ha determinati limiti di carico che non le consentono di accogliere tutta l'energia in transito, nelle quantità e nei tempi richiesti; dal punto di vista economico, gli alti investimenti di capitali nella creazione, nella gestione e nell'ammodernamento della rete scoraggiano processi di duplicazione o moltiplicazione delle reti.

⁵⁴ La duplicazione della rete aumenterebbe i problemi di sicurezza della rete e di impatto ambientale.

⁵⁵ Sul ruolo della Commissione europea nella prima fase di liberalizzazione dei mercati energetici si rinvia a P. FAROSS, *'L'azione della Commissione per l'energia e l'ambiente'* in *Atti del*

ragioni sottostanti a tale proposta meritano qualche considerazione preliminare perché avranno effetto sia sul procedimento negoziale di adozione delle prime direttive di liberalizzazione dei mercati dell'energia, sia sul contenuto delle stesse, finendo per influenzare l'intero processo di creazione del mercato interno dell'energia, complessivamente inteso.

Verso la fine degli anni '80 la Commissione cominciò a constatare l'esistenza di monopoli naturali e legali⁵⁶, nonché la permanenza di diritti esclusivi di vendita, importazione ed esportazione dei prodotti energetici che avevano l'effetto di restringere l'accesso ai mercati nazionali, rendendo di fatto impossibile il pieno dispiegamento degli effetti dei principi fondamentali della libera circolazione delle merci, dei servizi e dei capitali nei settori dell'energia, nonché l'applicazione della normativa europea in materia di concorrenza.

L'estensione della disciplina sulla concorrenza mirava, in una prima fase, alla rottura dei mercati nazionali, in vario modo protetti e segregati e, solo successivamente, ad una seconda fase, alla *reductio ad unum* dei mercati energetici, con la previsione di una terza e definitiva fase di regolamentazione completa ed armonizzata del mercato interno dell'energia.

L'emanazione della direttiva 90/337/CEE sulla trasparenza dei prezzi per il gas e per l'energia e della direttiva 90/547/CEE sul transito di elettricità hanno aperto la strada alla progressiva eliminazione dei monopoli statali presenti nella maggior parte degli Stati membri e costituenti la causa primaria della parcellizzazione del mercato elettrico europeo.

La direttiva sulla trasparenza dei prezzi aveva lo scopo di stabilire una procedura comune che avrebbe dovuto creare un sistema di controllo dei prezzi energetici, introducendo l'obbligo in capo agli Stati membri di adottare le misure necessarie affinché le imprese comunicassero i prezzi e le condizioni di vendita praticati. Benché la trasparenza sui costi e sulle tariffe costituisse, all'evidenza, una pre-condizione necessaria per la creazione ed il funzionamento del mercato unico, il contenuto della normativa si limitava dunque ad un'azione di monitoraggio, ben lontana dall'avvio di un'armonizzazione delle tariffe e dei prezzi in materia di energia.

Convengo su Energia, ambiente, integrazione europea, Roma 19 Marzo 1993, in *Rass. Giur. Ener. El.*, 1994, p. 353 e ss.

⁵⁶ I monopoli naturali sono un tipico esempio di *market failure* (altri esempi sono i beni pubblici puri, i c.d. *merit goods*, le esternalità, le asimmetrie informative) che si verifica quando una sola impresa può produrre ogni quantità che il mercato è disposto ad accettare ad un costo più basso di due o più imprese, ossia *'quando la curva dei costi è subadditiva è il tratto a sinistra del punto in cui interseca la curva della domanda'*; in tali termini, tra gli altri, M. GRILLO, F. SILVA, *'Impresa, concorrenza ed organizzazione'*, NIS, Firenze, 1989, p. 34 e ss.

La direttiva sul transito di energia elettrica su grandi reti intendeva, invece, incrementare il volume degli scambi di energia, imponendo agli Stati di adottare le misure necessarie per garantire condizioni di transito negoziate su basi eque e non discriminatorie per tutte le parti interessate⁵⁷. La direttiva in esame era stata concepita come strumentale rispetto all'introduzione dell'istituto del *common carrier* con cui s'impone al titolare della rete, cui perviene una richiesta di elettricità, l'obbligo di trasportare l'energia altrui⁵⁸.

La Commissione, consapevole del fatto che non esistesse al tempo, all'interno del Consiglio, la maggioranza qualificata necessaria⁵⁹ per adottare una normativa sulla apertura dei mercati energetici nazionali alla libera concorrenza e disgregare i monopoli nazionali, decise di agire nel 1991, aprendo una procedura di infrazione nei confronti di otto Stati membri. A ciò ha fatto seguito nel 1994 il ricorso della Commissione contro cinque di essi, per far dichiarare alla Corte di Giustizia che detti Stati, essendosi riservati diritti esclusivi di importazione ed esportazione dell'energia elettrica attraverso i monopoli di importazione del gas e dell'elettricità, avessero violato gli obblighi incombenti ai sensi degli artt. 28, 30 e 31 CE (ora artt. 34, 36 e 37 TFUE)⁶⁰.

Gli Stati membri citati in giudizio si opposero strenuamente al tentativo di 'erosione' dei monopoli d'importazione ed esportazione dell'elettricità, facendo leva sull'applicabilità all'energia dello speciale 'statuto' derivante dal combinato disposto di cui agli articoli 16 ed 86, par. 2, CE (ora artt. 14 e 106, par. 2, TFUE).

⁵⁷ Per ulteriori approfondimenti critici sulla direttiva sul transito dell'energia si rinvia a L. NANNI, 'Le direttive UE in tema di transito di energia elettrica e di gas naturale nelle grandi reti di trasporto', in *Rass. Giur. Ener. El.*, 1995, p. 939 e ss.

⁵⁸ A tali Direttive, deve aggiungersi anche la Direttiva 93/38/CEE che aveva esteso l'ambito di applicazione della disciplina comunitaria sulle procedure di appalto anche ai 'servizi esclusi', quali appunto l'energia elettrica, l'acqua, il trasporto e le telecomunicazioni. In realtà l'estensione della disciplina comune delle procedure di appalti aveva, sotto altro angolo di prospettiva, ristretto la nozione di servizi esclusi, circoscrivendone l'oggetto agli appalti di fornitura per l'acquisto di energia che, pertanto, rimanevano ancora esclusi dalla disciplina sulla procedura di appalti.

⁵⁹ In seno al Consiglio si fronteggiavano due dis<<tinti approcci in merito alle modalità di attuazione di un processo di liberalizzazione dei mercati energetici; il primo approccio, sostenuto dalla Gran Bretagna e della Germania, propugnava un processo di liberalizzazione spinto, fondato sulla privatizzazione delle imprese, sul principio di accesso alla rete, e sulla separazione della gestione della fase di generazione dell'energia, da quella di trasmissione. Il secondo approccio, sostenuto invece dalla Francia, dall'Italia e dal Belgio, era favorevole ad un processo di liberalizzazione controllato, fondato sulla creazione di un intermediario con funzioni di acquirente unico di tutta l'energia elettrica generata con funzioni di collegamento tra i produttori di energia e gli utenti finali.

⁶⁰ Cfr. causa *Commissione c. Paesi Bassi*, C-157/94 in Racc. 1997 p. I-5699; causa *Commissione c. Italia*, C-158/94 in Racc. 1997 p. I-5789; causa *Commissione c. Francia*, C-159/94 in Racc. 1997 p. I-2925; causa *Commissione c. Spagna*, C-160/94, in Racc. 1997 p. I-5851.

La Corte di Giustizia pur riconoscendo, in astratto, che i suddetti monopoli costituissero restrizioni alla libera circolazione, offrì un'ancora di salvataggio agli Stati membri, sostenendo che la Commissione, su cui incombeva l'onere probatorio, in un caso⁶¹, non riuscì a fornire prove adeguate sull'esistenza di norme interne attributive di diritti esclusivi e, negli altri casi, non provò l'esistenza di misure meno restrittive, rispetto al mantenimento di diritti esclusivi di importazione ed esportazione, idonee a garantire l'espletamento della missione di interesse generale di fornitura dell'energia elettrica e del gas.

Le sentenze della Corte si fondava su argomenti giuridico-formali non del tutto convincenti, sia in ordine alla ripartizione dell'onere della prova nell'ambito delle procedure di infrazioni, sia per quanto riguardava la giustificabilità ai sensi dell'art. 86, par. 2, CE (ora art. 106, par. 2, TFUE) di entrambi i monopoli di importazione ed esportazione.

Com'è noto, ai sensi dell'articolo 226 CE (ora art. 258 TFUE), nell'ambito della procedura d'infrazione l'inadempimento deve essere rigorosamente provato dalla Commissione, non potendosi basare su presunzioni⁶². Tuttavia nei casi di specie, l'onere della prova doveva considerarsi ripartito, in quanto spettava agli Stati che si richiamavano all'articolo 86, 2, CE dimostrare come fossero soddisfatti i presupposti per l'applicazione di tale norma e quindi come la soppressione dei diritti esclusivi d'importazione ed esportazione avrebbe costituito un impedimento alla specifica missione di servizio pubblico affidata ai monopolisti nazionali, mentre rimaneva a carico della Commissione l'onere di dimostrare l'esistenza di misure meno restrittive. La valutazione fatta dalla Corte circa l'assolvimento dell'onere probatorio era stato, invero, particolarmente rigoroso nei confronti della Commissione. Infatti gli Stati, nei motivi addotti⁶³ per giustificare come la soppressione dei diritti esclusivi avrebbe costituito un ostacolo

⁶¹ Sentenza della Corte di Giustizia, in causa C-160/94, *Commissione c Spagna*, in *Racc.* 1997 p. I-5851.

⁶² Sul punto sussiste una giurisprudenza consolidata della Corte su cui, *ex multis*, si veda *Commissione c. Paesi Bassi*, causa C-290/87 in *Racc.* 3083.

⁶³ Il Governo Italiano sia nel corso del procedimento precontenzioso sia nel corso del giudizio ha ribadito una serie di argomentazione giuridiche ed economiche per sostenere che l'abolizione dei diritti esclusivi di importazione impedirebbero all'Enel di adempiere il suo obbligo di servizio pubblico di fornitura dell'energia a costi e prezzi contenuti per garantire l'equilibrato sviluppo economico del paese. Più nel dettaglio, il Governo ha sostenuto che in caso di abolizione dei diritti di importazione, la maggior parte dei grandi consumatori stabiliti nelle regioni settentrionali, in prossimità delle frontiere sceglierebbe di approvvigionarsi da fornitori stranieri, privando l'Enel della principale fonte di ripartizione del costo di distribuzione dell'energia e determinando così un aumento del prezzo medio che andrebbe a colpire principalmente i consumatori di energia dell'Italia centrale e meridionale in cui l'accesso a fornitori stranieri è impossibile o economicamente ingiustificato.

all'adempimento della specifica missione di servizio pubblico, potevano riuscire a giustificare il mantenimento del (solo) diritto esclusivo di importazione, ma non quello di esportazione che la Corte avrebbe ben potuto (già allora) censurare come illegittimo, poiché in contrasto con le disposizioni del trattato relative alla libera circolazione delle merci ed ingiustificato, ai sensi dell'articolo 86, par. 2, CE⁶⁴.

Le pronunce della Corte ebbero, in ogni caso, l'effetto politico di dare un'improvvisa accelerazione ai negoziati per l'adozione della normativa europea sulla liberalizzazione dei mercati dell'energia. Gli Stati membri, al fine di evitare che la Commissione prendesse di nuovo l'iniziativa avviando nuove procedure d'infrazione, decisero di trovare un accordo in seno al Consiglio, per adottare il testo di una normativa che potesse prevedere un graduale processo di liberalizzazione dei mercati dell'elettricità e del gas.

Il testo della proposta della Commissione del 1992 venne quindi accantonato⁶⁵ per lasciare il campo ad una normativa di tipo compromissorio⁶⁶, giuridicamente meno incisiva. I negoziati durarono

⁶⁴ In tal senso si veda N. RANGONE, 'I tentativi di 'erosione' dei monopoli di importazione ed esportazione di elettricità' in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/98, p. 321, dove l'A. afferma che 'non si vede come l'eliminazione dei diritti esclusivi di esportazione ostacolerebbe l'adempimento della specifica missione affidata all'Enel'.

⁶⁵ La proposta della Commissione aveva lo scopo di procedere gradualmente verso la liberalizzazione dei mercati energetici attraverso strumenti riassumibili in tre punti: a) l'eliminazione dei diritti esclusivi di importazione e di produzione; b) la separazione organizzativa (*unbundling*) delle diverse attività di imprese integrate verticalmente; c) l'introduzione di un sistema di accesso dei terzi alle reti (TPA) con l'obbligo, per le imprese proprietarie delle reti, di assicurare, contro il pagamento di un equo compenso, il trasporto e la distribuzione dell'energia.

La proposta di direttiva formulata dalla Commissione non fu accolta per l'opposizione congiunta del Comitato economico e sociale, del Parlamento europeo e del Consiglio con motivazioni, peraltro, diverse. Il Comitato economico e sociale, pur aderendo all'obiettivo della liberalizzazione del mercato dell'energia, espresse riserve in particolare sulla proposta di consentire l'accesso di terzi alle reti di trasporto. Il Parlamento europeo espresse un parere negativo sulla proposta della Commissione, pur riconoscendo che le proposte potevano costituire il punto di partenza per la ricerca di un compromesso, consistente nella previsione di una fase di transizione prima della completa liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica e del gas. Nel Consiglio dell'Energia si era registrata una spaccatura tra alcuni Stati membri, favorevoli alle posizioni espresse dalla Commissione nella proposta, e la maggioranza degli Stati membri contraria sia all'eliminazione dei diritti esclusivi di produzione ed importazione dell'elettricità, sia alla separazione delle diverse attività delle imprese integrate verticalmente.

⁶⁶ Il compromesso venne raggiunto incentrando l'attenzione sulla possibilità di prevedere contestualmente sia un sistema di accesso ai terzi (TPA) secondo il modello anglosassone, sia un sistema di acquirente unico secondo le proposte franco-italiane. La coesistenza dei due sistemi assicurava un elevato margine di discrezionalità agli Stati membri nella fase d'attuazione della direttiva lasciando che fossero gli Stati, in virtù del principio di sussidiarietà, a decidere quale grado di liberalizzazione scegliere per il proprio mercato energetico nazionale in conformità con il modello comunitario prescelto.

quattro anni e portarono il 19 dicembre del 1996 all'adozione della direttiva 92/96/CE⁶⁷ per l'elettricità seguita, un anno e mezzo dopo, dall'adozione della Direttiva 96/98/CE per il gas. Tali direttive che andavano ad aggiungersi alla direttiva 90/377/CEE sulla trasparenza dei prezzi del gas e dell'energia elettrica ed alla direttiva 90/547/CEE sul transito dell'energia, possono essere considerate il primo passo verso la creazione di mercati energetici competitivi su scala europea⁶⁸.

I punti salienti della prima fase di liberalizzazione '*controllata*' dei mercati energetici riguardavano essenzialmente l'apertura della fase di generazione dell'energia, l'accesso alla rete, il principio di separazione, nonché l'imposizione di obblighi di servizio pubblico.

3.1 La creazione di nuovi impianti

Le direttive in esame sancivano il principio della libera concorrenza nella fase della produzione dell'energia, lasciando tuttavia agli Stati membri la possibilità di scegliere tra due diverse procedure amministrative per la costruzione di nuovi impianti di generazione: la procedura di autorizzazione ovvero la procedura della gara di appalto.

L'ampio margine di scelta dipendeva dalle diffidenze e dalle resistenze di alcuni Stati membri rispetto all'apertura della produzione dell'elettricità alle regole del mercato e della concorrenza. Gli Stati decisero quindi di mantenere un ruolo centrale nella pianificazione e nella localizzazione degli investimenti nel settore della produzione di energia; entrambe le procedure in esame, sebbene in grado e forme diverse, attribuiscono un rilievo fondamentale ai criteri posti dallo Stato sia per le condizioni da soddisfare per il rilascio delle autorizzazioni, sia per la

⁶⁷ La direttiva 96/92/CE era stata recepita in Italia con il D.L. n. 79/99 (noto anche come Decreto Bersani).

⁶⁸ Per una disamina più approfondita delle prime direttive di liberalizzazione dell'elettricità e del gas si rinvia a S. CASSESE, *La disciplina del mercato dell'elettricità*, in *Rass. Giur. Ener. El.* 1997, p. 753 e ss.; A. COLAVECCHIO, *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario: alla ricerca di un giusto bilanciamento fra regole di concorrenza ed esigenze di servizio pubblico*, cit., pp. 51-59; PFRANG, *Towards Liberalisation of the European Electricity Markets: the Directives concerning common rules for an internal market in electricity in the frame of the competition and internal market rules of the EC- Treaty*, Francoforte 1999, p. 23 e ss.; *ell'energia elettrica*, Giuffrè, 1997, 846; Lolli, *'Riserva d'impresa e diritto comunitario. I monopoli elettrici'*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1992, p. 209.; Lagodent, *'Du dogme du marché intérieur à la négociation sur le service public- à propos de la directive électricité'*, in *Europe* n. 5/1997, pag. 4; Villarejo, *'Il mercato interno dell'energia e il diritto comunitario'*, in *Regolamentazione e mercato unico dell'energia*, F. Angeli, 1993; F. Caccia Dominioni, *'Recenti sviluppi dell'azione normativa della UE in materia energetica'*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 2000, pag 369-376.

partecipazione alla gara di appalto secondo le indicazioni statuite nel bando sulla capacità di generazione richiesta.

In effetti, quasi tutti gli Stati membri, allo scopo di raggiungere l'obiettivo strategico di mantenere un sistema accentrato di regolamentazione del mercato elettrico nella fase della generazione, in sede di trasposizione della prima direttiva scelsero la procedura autorizzatoria.

3.2. Accesso alla rete

L'unicità della rete era, al tempo stesso, una pre-condizione ontologica dei servizi di pubblica utilità ed una giustificazione dell'immunità dei monopoli naturali rispetto ai condizionamenti della libera concorrenza.

La rottura dell'unicità della rete, grazie anche agli sviluppi tecnologici che consentono la contemporanea presenza di più operatori e di più servizi su una stessa rete, si è tradotta, sul piano giuridico, nel principio dell'accesso alla rete, perorato dalla normativa di diritto derivato, prima nei settori delle telecomunicazioni e dei trasporti e, più recentemente, nel settore dell'energia. Per ovviare alla situazione di monopolio che si era instaurato a causa dell'unicità della rete, era necessario garantire il diritto di accesso alla rete, su base non discriminatoria, a chiunque intendesse fornire servizi, avvalendosi delle reti esistenti.

Mentre, nella sua proposta, la Commissione spingeva per l'adozione del principio dell'accesso ai terzi nelle fasi della trasmissione e della distribuzione, il testo della direttiva si limitò a prevedere che gli Stati membri potessero scegliere tra un accesso negoziato o regolato, o alternativamente adottare il sistema dell'acquirente unico (*'single buyer system'*) in cui lo Stato nominava un ente centralizzato, con il potere e la responsabilità dell'acquisto e della vendita dell'energia elettrica ai clienti finali⁶⁹.

L'accesso alla rete è il diritto dei clienti idonei di chiedere l'utilizzo della stessa per l'attraversamento della fornitura elettrica acquistata nel libero mercato; i meccanismi per garantirne l'accesso, consistono nell'imporre obblighi giuridici in capo ai titolari della rete che

⁶⁹ Sul punto si assiste ad una discrasia tra la 'direttiva elettricità' e la prima 'direttiva gas' perché il sistema dell'acquirente unico, previsto come facoltà d'opzione nel settore dell'elettricità, non era presente nel settore del gas dove gli Stati, ai sensi degli artt. 16-18 della direttiva avevano l'obbligo di adottare la procedura di accesso ai terzi, nelle varianti dell'accesso negoziato o regolato.

devono assicurare forme di accesso obiettive, trasparenti e non discriminatorie, dietro il pagamento di una tariffa di pedaggio.

La direttiva consente agli Stati che scelgano il sistema di accesso alla rete, di optare tra un accesso negoziato (ponendo in capo al titolare della rete un mero obbligo di negoziare) ed un accesso regolamentato (in cui il titolare della rete ha un obbligo di concludere il contratto di accesso e, come contropartita, il cliente idoneo vanta un diritto di accesso alla rete, se la sua richiesta soddisfa i criteri e le condizioni stabiliti nelle leggi nazionali degli Stati).

Il sistema dell'acquirente unico, pur comprimendo la concorrenza nel settore della fornitura, attribuiva il diritto di scelta ai clienti idonei: questi ultimi avevano la libertà di concludere contratti diretti di fornitura con i produttori, coinvolgendo l'acquirente unico solo nella fase di esecuzione dei contratti stessi⁷⁰.

Il legislatore europeo nell'intento di evitare che la coesistenza tra due diversi sistemi di accesso alla rete finisse per compromettere l'omogeneità e l'uniformità dei settori elettrici e del gas nei mercati nazionali, affermò il principio di equivalenza del risultato economico. Tale principio imponeva l'obbligatorietà del conseguimento di risultati economici equivalenti⁷¹ ed un analogo livello di apertura dei mercati.

Qualunque fosse il sistema prescelto, infatti, ogni diniego alla richiesta di accesso alla rete poteva essere opposto dal gestore o dall'acquirente unico esclusivamente per motivi di indisponibilità della capacità, oppure qualora l'accoglimento della richiesta di accesso comportasse un ostacolo all'adempimento degli obblighi di servizio pubblico.

Il principio di equivalenza del risultato, si è rivelato successivamente particolarmente dannoso e controproducente perché ha permesso di mantenere poteri speciali e privilegi in capo al contraente gestore/acquirente unico, attribuendogli un potere contrattuale dominante rispetto ai clienti idonei e a quelli finali.

⁷⁰ L'Inghilterra e, con diverse modalità, la Spagna furono gli unici Stati membri ad adottare il *single buyer system*. Per un approfondimento sul sistema elettrico inglese ed un'analisi dell'impatto dello stesso sul diritto europeo dell'energia si rinvia a LOLLI, 'Privatizzazione del sistema elettrico nel Regno Unito ed evoluzione del sistema elettrico italiano', in *Rass. Giur. Ener. El.*, 1992, p. 337 e ss.; M. MARTELLINO, 'L'incidenza del sistema elettrico inglese sul processo di liberalizzazione dell'energia elettrica della Comunità europea', in *Rass. Giur. Ener. El.*, 1997, p. 808 e ss.

⁷¹ L'equivalenza economica dei due sistemi si raggiungeva ad esempio con l'obbligo, in capo all'acquirente unico, di ricomprare l'energia che i clienti idonei legati alla sua rete acquistassero da terzi, a condizioni tali per cui i clienti idonei, lucrando tra la differenza tra il costo di acquisto ed il costo di rivendita, ottenessero l'energia ad un costo effettivo equivalente rispetto a quello che avrebbero pagato se si fossero trovati in un sistema di accesso negoziato o regolamentato.

Se il diniego veniva motivato sulla base di interessi generali di servizio pubblico con riferimenti a dettagli tecnici difficilmente verificabili, i clienti finali risultavano sforniti di ogni tipo di protezione sostanziale contro pratiche di diniego abusivo.

3.3. Il principio di separazione: natura e funzioni.

L'evoluzione del processo tecnologico ha scalfito il 'dogma' dell'unicità della rete: fino agli anni '80 la tecnologia consentiva che su una rete ci fosse un solo servizio, ed un unico produttore rendendo, di fatto, unificate sia la gestione della rete, che quella del servizio.

Lo sviluppo di nuove tecnologie ha reso possibile che su una stessa rete sia possibile svolgere più servizi resi da più produttori. In tal modo si sono poste le premesse tecniche per evitare che la situazione di monopolio della rete si estendesse necessariamente anche nel monopolio dei servizi. La proprietà pubblica della rete non impediva più la privatizzazione della gestione dei servizi che operavano sulla rete stessa.

Le direttive di prima generazione mantenevano un approccio molto cauto sul principio di separazione (o *unbundling*): esse stabilivano, per l'elettricità, la separazione della gestione e della contabilità nelle imprese verticalmente integrate che operano nella (sola) fase della trasmissione. Per il settore del gas veniva richiesta solo l'obbligatorietà della contabilità separata per ogni attività delle imprese verticalmente integrate.

Il principio della separazione contabile impone alle imprese che operano nelle tre fasi tradizionali della filiera elettrica (produzione, trasmissione, distribuzione) di tenere, nella loro contabilità interna, conti separati per le loro diverse attività.

La separazione contabile incide sul grado di concorrenzialità dei diversi settori dell'industria elettrica perché, trattando le imprese che si dedicano contemporaneamente alle predette fasi come imprese separate, evita che si creino discriminazioni, sovvenzioni incrociate e distorsioni della concorrenza, come invece poteva accadere liberamente tra le imprese verticalmente integrate.

Inoltre, la separazione contabile incide indirettamente anche sui prezzi, consentendo alle autorità pubbliche di avere accesso alla contabilità aziendale delle imprese separate ed innalzando il livello della trasparenza dei prezzi e delle tariffe praticate.

Non venivano richieste né una regolamentazione effettiva, né la creazione di un regolatore indipendente, ma solo un generale divieto di discriminazione (artt. 3, 7, par. 5, 8 par. 2, 11 par. 2 direttiva elettricità), nonché l'obbligo di designare un'Autorità di risoluzione delle controversie (art. 20 direttiva elettricità ed art. 23 direttiva gas).

3.4. *Obblighi di servizio pubblico*

In riferimento agli obblighi di servizio pubblico, la direttiva non imponeva obblighi specifici di servizio pubblico, ma lasciava piena discrezionalità agli Stati membri, nel rispetto del principio di sussidiarietà, affinché potessero derogare alle disposizioni delle direttive, quando tale deroga fosse necessaria al raggiungimento degli obiettivi di servizio pubblico stabiliti da ciascun Stato membro.

In tale contesto le prime direttive sulla liberalizzazione dell'energia consentivano agli Stati membri di prevedere alcune deroghe alla normativa europea, attraverso la facoltà di imporre obblighi di servizio pubblico, segnatamente per garantire la sicurezza dell'approvvigionamento, la protezione del consumatore e la protezione dell'ambiente.

La direttiva ivi descritta, si caratterizzava dunque per la flessibilità delle sue disposizioni normative, espressione del compromesso faticosamente raggiunto in Consiglio, a causa della contrapposizione tra gli Stati fautori della liberalizzazione nei mercati energetici e quelli difensori dei monopoli nazionali.

Sia nel settore della produzione sia in quello del trasporto dell'energia, gli Stati membri disponevano di ampie possibilità di scelta: nel primo caso, tra la procedura di autorizzazione e quella di gara, nel secondo, tra il sistema di accesso alla rete (negoziato/regolamentato) e quello dell'acquirente unico.

Ulteriori indicatori di elasticità risultano le disposizioni normative che riguardano la designazione dei clienti idonei⁷², nonché la tipizzazione degli obblighi di servizio pubblico.

Il riconoscimento dell'impossibilità di procedere in modo uniforme nel processo di apertura dei mercati energetici verso la liberalizzazione delle varie fasi relative alla filiera dell'energia, aveva segmentato il mercato dell'elettricità in due parti: da un lato, il mercato dei clienti idonei (utenti che hanno la libertà di scelta dell'approvvigionamento in quanto sono abilitati ad acquistare direttamente l'energia dai produttori) e, dall'altro, i clienti non idonei (o vincolati) che invece sono obbligati ad acquistare l'energia presso i distributori nazionali o locali.

⁷² Secondo la direttiva comunitaria sono clienti finali i clienti che acquistano energia elettrica per uso proprio; sono clienti civili i clienti che acquistano energia elettrica per il proprio uso domestico, escluse le attività commerciali o professionali; sono clienti non civili le imprese, i produttori ed i grossisti che acquistano energia elettrica non destinata ad uso domestico. Sono clienti idonei le persone fisiche e giuridiche libere di acquistare l'energia elettrica dal fornitore di propria scelta in qualsiasi Stato membro.

Le direttive prevedevano un processo di liberalizzazione dei mercati dell'elettricità e del gas a scaglioni: prima i grossi consumatori, poi i medi e così via fino ad arrivare agli utenti finali per uso domestico.

È evidente che la possibilità concessa agli Stati membri, in virtù del principio di sussidiarietà, di definire ed identificare quali sono le caratteristiche e le condizioni per cui un utente possa rientrare nella categoria di idoneo o non idoneo, finisce per determinare il grado di apertura dei mercati nazionali al processo di liberalizzazione⁷³.

D'altro canto, se la direttiva lasciava agli Stati membri la possibilità di imporre alle imprese del settore elettrico obblighi di servizio pubblico come la sicurezza della rete, la sicurezza degli approvvigionamenti, la qualità ed il prezzo delle forniture, nonché la protezione dell'ambiente, ciò significava trasferire ai legislatori nazionali la competenza relativa alla tipizzazione delle deroghe consentite dalle disposizioni normative contenute nella direttiva.

Nonostante i limiti descritti ed il contenuto in larga parte compromissorio delle disposizioni contenute nelle prime direttive, si deve riconoscere che tale normativa ha avuto il merito di avviare il processo di liberalizzazione dei mercati energetici con la disgregazione o, quantomeno, la graduale erosione dei monopoli nazionali, ponendo le premesse per la successiva fase di liberalizzazione dei mercati in esame. Tuttavia, l'ampio potere discrezionale, in capo agli Stati membri, quanto alla definizione del grado di apertura dei rispettivi mercati nazionali dell'energia ha rappresentato il 'frutto avvelenato' della prima fase del processo di liberalizzazione. Alcuni Stati membri (in particolare Francia ed Italia) hanno utilizzato in chiave strategica la 'minore' apertura dei loro mercati rispetto alle decisioni prese dagli altri Stati, sfruttando così le asimmetrie determinatesi dalla diversa velocità di apertura dei singoli mercati, in favore dei propri 'campioni nazionali'.

Tale inadempimento strategico ha costituito la ragione per la quale non sono stati raggiunti gli scopi previsti dalla direttiva, risultando accentuato il grado di disomogeneità nella regolamentazione e nella strutturazione economica dei diversi mercati nazionali. Ciò ha reso di fatto più difficoltoso il passaggio alla seconda fase di liberalizzazione dei mercati per la creazione del mercato interno dell'energia.

⁷³ La trasposizione delle prime direttive negli ordinamenti giuridici nazionali, in questa fase transitoria, aveva sul punto ingenerato discriminazioni soprattutto nei confronti delle piccole e medie imprese, svantaggiate da una fissazione della soglia d'idoneità molto alta, possibile solo per le industrie di grandi dimensioni.

4. La seconda fase delle liberalizzazioni: verso il mercato interno dell'energia

La seconda fase di liberalizzazione dell'energia è stata avviata il 26 giugno 2003 con l'adozione delle direttive 2003/54/CE ('direttiva elettricità') e la direttiva 2003/55/CE ('direttiva gas').

Tali direttive si ponevano in una tendenza evolutiva di sostanziale continuità con le direttive precedenti (che venivano abrogate) pur introducendo una serie di importanti novità normative finalizzate alla creazione di un mercato (realmente) interno dell'energia⁷⁴.

L'oggetto delle direttive riguardava, ancora una volta, l'intera filiera dell'elettricità, (produzione, trasmissione, distribuzione, dispacciamento, fornitura) e del gas (in cui l'attività di trasmissione si divide a sua volta nelle attività di stoccaggio e trasporto del gas naturale liquefatto – GNL –) confermando una visione d'insieme della disciplina che non fosse circoscritta al limitato orizzonte del mercato, attraverso l'introduzione ed il rafforzamento solo di meccanismi di concorrenza⁷⁵.

Il cambiamento più evidente tra la due fasi di liberalizzazione consiste nel diverso approccio regolatorio utilizzato per introdurre un maggior grado di concorrenza nei mercati energetici nazionali⁷⁶. Infatti, mentre le direttive del '96 agivano solo sul lato dell'offerta di energia, le direttive del 2003 pongono mano alla regolamentazione dei mercati energetici sia sul lato dell'offerta, eliminando (*rectius*: riducendo) i margini di manovra della programmazione economica di carattere pubblicistico e rafforzando i principi della libera concorrenza, sia sul lato della domanda nella convinzione che le regole del mercato sarebbero

⁷⁴ Per un'analisi delle direttive di seconda generazione si rinvia a: F. MUNARI, 'Il nuovo diritto dell'energia: il contesto comunitario e il ruolo degli organi europei', in *Diritto dell'Unione Europea*, 4/06, p. 881 e ss.; N. AICARDI, 'Energia' in M. CHITI, G. CAIA, (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, pp. 1007-1030; P. FUNARI, 'Il nuovo quadro regolamentare europeo per il mercato dell'energia elettrica e del gas', in *Rass. Giur. Ener. El.*, 2003, p. 594 e ss.; M. ROMANO, 'La liberalizzazione del settore elettrico', in *Rass. Giur. Ener. El.*, 2005, pp. 709-711; P. CAVALIERE, A. VEDASCHI, 'Il mercato europeo del gas: un obiettivo ancora da raggiungere' in *I servizi pubblici negli ordinamenti europei*, 2007, pp. 879-911.; E. BARTOLINI E C. LUCIONI, 'Il settore elettrico in Europa' in *I servizi pubblici negli ordinamenti europei*, pp. 833-838; T. VON DANWITZ, 'Regulation and Liberalization of the European Electricity market: a German view' in *Energy L. J.*, 2006, 423 e ss. *Energy Regulation 2006*; P. D. CAMERON, *Legal aspects of EU energy regulation: implementing the new directives on electricity and gas across Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

⁷⁵ Tuttavia, come sarà più diffusamente analizzato nel Cap. III par. 6, l'assenza di un approccio integrato tra l'obiettivo della liberalizzazione ed altri obiettivi parimenti importanti, quali la sicurezza degli approvvigionamenti energetici e la tutela dell'ambiente, nella fase di adozione ed implementazione della direttiva, ha determinato un'insufficiente valutazione dell'impatto ambientale e della sicurezza della rete.

⁷⁶ Tale modifica rende improprio parlare di semplice refusione normativa tra le direttive.

state introdotte in maniera effettiva solo se i comportamenti dei consumatori, opportunamente stimolati, avessero aumentato il grado di contendibilità dei mercati nazionali fra i vari concorrenti.

Lo scopo finale della normativa doveva essere la previsione della libertà di scelta dei fornitori dell'energia, da parte di tutti i clienti, compresi i clienti finali per utenze domestiche entro il 1 luglio 2007.

Rispetto alla precedente normativa, le direttive di seconda generazione offrono una spinta più decisa verso la liberalizzazione dei mercati energetici; nel settore della produzione viene, ad esempio, abrogato il sistema della gara d'appalto in favore del sistema di autorizzazione unico⁷⁷ che garantisce un minor impatto della programmazione pubblica rispetto alla gestione della domanda e dell'offerta di energia nel mercato.

Nella fase della trasmissione, le direttive⁷⁸ impongono l'obbligo in capo agli Stati membri di designare il 'gestore unico' della rete di trasmissione nazionale⁷⁹. La normativa europea riconosce, nel segmento della trasmissione dell'energia, un classico caso di 'servizio a rete', necessariamente soggetto a situazioni di monopoli naturali. Questo riconoscimento è la premessa per comprendere l'analiticità della normativa derivata rispetto agli obblighi del gestore in materia di manutenzione e potenziamento della rete, in riferimento ad una serie di

⁷⁷ Il sistema di autorizzazione unico garantisce una minore invasività dell'intervento pubblico nei mercati energetici perché si traduce in un controllo *ex ante*, in sede di autorizzazione alla creazione di nuovi impianti, alla produzione di elettricità. Naturalmente, il grado di incisività del sistema dipende dalle condizioni richieste ai fini autorizzatori ed è proprio su questi elementi che l'articolo 6 della direttiva elettricità si sofferma, richiedendo che tutte le condizioni autorizzatorie per la creazione di nuovi impianti debbano uniformarsi a parametri obiettivi, non discriminatori, pubblici e trasparenti.

Il sistema della gara d'appalto previsto dalle direttive del '96 come alternativa ordinaria rispetto all'autorizzazione unica garantiva un maggiore controllo degli organismi pubblici in sede di generazione dell'energia: infatti, lo Stato poteva regolare l'offerta attraverso una pianificazione dei bisogni civili ed industriali di energia, gestendo quindi la quantità di energia richiesta da immettere nell'asta di gara pubblica. La direttiva elettricità del 2003 non abroga definitivamente la procedura d'appalto, ma la relega in un piano subordinato; gli Stati membri infatti possono, ai sensi dell'articolo 7 della direttiva 2003/54/CE, ricorrere alla gara di appalto, in via sussidiaria, allorché la capacità autorizzata in via ordinaria non sia in grado di soddisfare la domanda di energia per la quale risulti necessaria una capacità suppletiva da espletarsi tramite la procedura della gara d'appalto.

⁷⁸ Rispetto alle direttive energia di prima generazione, la disciplina sul gestore della rete di trasmissione è stato esteso anche nel settore del gas, nel quale tuttavia permangono delle specificità in quanto l'articolo 4 della direttiva gas non impone un regime di concessione generalizzato, ma un sistema autorizzatorio per la gestione degli impianti di gas naturale.

⁷⁹ In attuazione della normativa comunitaria di riferimento, in Italia è stata creata la società 'Terna s.p.a.' come gestore della rete di trasmissione nazionale che agisce in regime di concessione esclusiva rilasciata dallo Stato italiano. L'attività di distribuzione dell'energia elettrica in Italia è invece sottoposta ad un regime di concessione ministeriale.

disposizioni dettagliate volte ad assicurare e tutelare la *neutralità* dei gestori rispetto alle richieste degli utenti (produttori, importatori, grossisti ma anche clienti finali) di accesso al sistema di rete.

5. Il principio del libero accesso alla rete

In materia di accesso alla rete, le direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE scelgono il sistema di accesso regolato (TPA) come chiave di volta per aprire i mercati energetici nazionali alla libera concorrenza⁸⁰.

Rispetto alla normativa precedente risulta abbandonata l'opzione dell'acquirente unico e viene, altresì, superato il metodo dell'accesso negoziato. Più in particolare, l'accesso negoziato degrada da metodo ordinario e alternativo rispetto all'accesso regolato, ad ipotesi sussidiaria e residuale nella (sola) fase dello stoccaggio del gas.

Il diritto di accesso e la parità di trattamento dei terzi nell'accesso alla rete sono due principi cardine della seconda direttiva elettricità⁸¹. L'accesso alla rete (elettrica o del gas) si configura come un diritto ed ha come contropartita l'obbligo, in capo agli Stati membri, attraverso i gestori nazionali di trasmissione, di consentire l'allacciamento alla rete dei produttori che ne facciano richiesta⁸².

⁸⁰ In materia di accesso alla rete si rinvia a N. AICARDI '*Energia*' in M. CHITI, G. CAIA (a cura di) '*Trattato di diritto amministrativo europeo*', cit., pp. 1038-1040; A. ZAVATTONI, 'La direttiva gas e l'accesso dei terzi alla rete' in *Rass. Giur. En. El.*, p. 762 e ss.; C. W. JONES (a cura di), '*EU Energy Law: Volume I – Internal Energy Markets*', cit., pp. 27-67; ROGGENKAMP, M.M. HAMMER, '*European energy law: Report III, Volume III*', cit., p. 353 e ss.; P. D. CAMERON, '*EU energy regulation: implementing the new directives on electricity and gas across Europe*', Oxford University Press, 2006.

⁸¹ Come emerge dal sesto e settimo '*considerando*' della direttiva 2003/54/CE, il principio di accesso della rete ai terzi è *essenziale* al fine di garantire la piena realizzazione del mercato interno dell'energia. Sul riconoscimento del carattere fondamentale di tale principio all'interno della normativa comunitaria sulla liberalizzazione dei mercati dell'energia v. punto 64 conclusioni Avv. Gen. Mazák, in C-439/06 (non ancora pubblicata).

⁸² Cfr, Direttiva 2003/54/CE Articolo 20 : Accesso dei terzi:

'1. Gli Stati membri garantiscono l'attuazione di un sistema di accesso dei terzi ai sistemi di trasmissione e di distribuzione basato su tariffe pubblicate, praticabili a tutti i clienti idonei, ed applicato obiettivamente e senza discriminazioni tra gli utenti del sistema. Gli Stati membri fanno sì che le tariffe, o i relativi metodi di calcolo, siano approvati prima della loro entrata in vigore conformemente all'articolo 23 e che le tariffe e le metodologie, ove solo queste ultime siano state approvate, siano pubblicate prima della loro entrata in vigore

2. Il gestore del sistema di trasmissione o di distribuzione può rifiutare l'accesso ove manchi della necessaria capacità. Il rifiuto deve essere debitamente motivato, con particolare riguardo all'articolo 3. Ove opportuno, gli Stati membri provvedono affinché, nel caso venga rifiutato l'accesso, il gestore del sistema di trasmissione o di distribuzione fornisca adeguate informazioni sulle misure necessarie per rafforzare la rete. La parte che richiede queste informazioni può essere tenuta a pagare una cifra ragionevole, corrispondente al costo del rilascio dell'informazione'

Il diniego di accesso alla rete è una misura derogatoria di carattere eccezionale che può essere opposta dal gestore della rete al richiedente nelle (sole) ipotesi, ed alle condizioni, stabilite dalle stesse disposizioni del diritto dell'Unione.

In particolare, l'accesso può essere negato nei casi in cui vi siano obiettive ragioni tecniche dettate dall'esaurimento della capacità energetica delle rete, ovvero quando consentendo l'accesso il gestore non potrebbe più adempiere gli obblighi di servizio universale imposti dallo Stato membro nell'atto di concessione esclusiva.

In materia di deroghe all'obbligo di garantire l'accesso alla rete, la Corte di Giustizia si è recentemente pronunciata nel caso *Citiworks AG*⁸³.

La causa in oggetto, trae origine da un rinvio pregiudiziale di interpretazione sull'articolo 20 della direttiva 2003/54/CE proposto dall'Oberlandesgericht Dresden (Germania), per stabilire se il summenzionato articolo vada interpretato nel senso che osti o meno ad una normativa nazionale come l'articolo 110 dell'EnWG (legislazione energetica tedesca) che aveva introdotto un'esenzione generale al principio di accesso ai terzi ai sistemi di distribuzione, in favore delle *reti operative*.

Sulla base della normativa nazionale tedesca sull'energia elettrica, modificata in attuazione della direttiva comunitaria 2003/54/CE, la società di gestione dell'aeroporto (FLH) rientrava nella nozione di rete operativa, ovvero di sistema di distribuzione situato in una zona operativa costituente un'area geografica unitaria e utilizzato prevalentemente per coprire il fabbisogno energetico dell'impresa stessa o di imprese ad essa collegate.

La causa è particolarmente interessante perché la sentenza pregiudiziale di interpretazione sull'articolo 20, par. 2, rispetto a normative nazionali che introducono esenzioni generali *ex lege*, incide sul principio dell'accesso dei terzi alla rete, che risulta essenziale per assicurare la piena realizzazione del mercato interno dell'energia, la

⁸³ V. Sentenza della Corte 22 maggio 2008, in causa C-439/06, *Citiworks AG*, in *Racc.* p. I-3913. I fatti all'origine della controversia riguardavano la gestione dell'energia nell'area aeroportuale di Leipzig Halle; la società FLH deputata alla gestione dell'aeroporto, distribuiva energia elettrica a 33 imprese stabilite all'interno dell'aeroporto; dal 2004 anche la società Citiworks AG aveva iniziato la sua attività di fornitura dell'energia elettrica in favore della società DSF situata nell'aeroporto. Il 12 luglio 2006, facendo seguito ad una richiesta della FLH, il Ministero dell'economia e del lavoro del Land Sassonia, in qualità di autorità di regolamentazione del Land, emanava un provvedimento in cui dichiarava che il sistema di approvvigionamento energetico dell'aeroporto di Leipzig/Halle gestito dalla FLH costituiva una «rete delimitata» e che riuniva i presupposti di cui all'art. 110, n. 1, punti 1 e 2, dell'EnWG. Poiché tale provvedimento avrebbe asseritamente avuto l'effetto di impedire ai terzi, come la Citiworks AG, l'accesso alla rete gestita dalla FLH presso l'aeroporto di Leipzig/Halle allo scopo di rifornire i clienti stabiliti in tale area, la Citiworks ha impugnato il provvedimento medesimo dinanzi all'Oberlandesgericht di Dresden.

concorrenza dei fornitori e consentire ai clienti finali la libera scelta tra essi⁸⁴.

Come confermato dall'avvocato generale Mazàk 'l'obiettivo di garantire pari condizioni negli Stati membri in termini di apertura del mercato esige un'interpretazione uniforme dell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva. Ciò implica che le limitazioni del principio generale dell'accesso dei terzi alla rete devono essere interpretate restrittivamente e devono rimanere circoscritte alle deroghe espressamente previste dalla direttiva[...]⁸⁵.

⁸⁴ La sensibilità politica della questione in oggetto è indirettamente confermata dall'alto tasso di partecipazione degli Stati durante il procedimento pregiudiziale che ha portato alla formulazione di una serie di osservazioni.

La Commissione ed il governo polacco sono intervenuti a sostegno delle ragioni della Citiworks AG, giudicando incompatibile la normativa nazionale tedesca con l'articolo 20 della direttiva elettricità e sottolineando, in particolare, come un'esenzione automatica e generale contrasti con lo spirito della direttiva; tuttavia occorre sottolineare come le posizioni espresse, pur giungendo allo stesso risultato, percorrono ragionamenti parzialmente diversi. Secondo la Commissione l'unica esenzione generale ammessa dalla direttiva, ai sensi dell'articolo 20 n. 2, si collega alla mancanza della necessaria capacità da parte del gestore del sistema, a motivi legati alla sicurezza dell'approvvigionamento; l'altra deroga prevista ai sensi dell'articolo 26 n. 1 della direttiva per i 'micro sistemi isolati', è invece una deroga da valutare caso per caso, previa la notifica della richiesta dell'esenzione alla Commissione.

Il governo polacco, invece, considera che le esenzioni previste dalla direttiva siano giustificate da motivazioni di ordine economico; l'esclusione per i micro sistemi isolati troverebbe il suo fondamento nella considerazione che l'eventuale imposizione di obblighi di accesso alla rete, in capo alle piccole imprese, creerebbe oneri amministrativi e finanziari difficilmente ammortizzabili, dato l'esiguo quantitativo di energia che esse possono vendere. In tal senso, la decisione di esenzione della Commissione, a seguito della notifica presentata dai piccoli sistemi, dovrebbe basarsi esclusivamente, secondo il governo polacco, sulla valutazione economica dei costi di gestione dell'eventuale adempimento degli obblighi di accesso alla rete.

Il Regno Unito ed il governo tedesco hanno invece presentato osservazioni in favore della posizione sostenuta dalla FLH e dunque concludendo per la compatibilità della legislazione tedesca rispetto alla normativa comunitaria in materia di accesso alla rete. Il governo del Regno Unito ritiene che alla luce della *ratio* della direttiva 2003/54/CE, la liberalizzazione dei mercati dell'elettricità e del gas si rivolga essenzialmente alle grandi imprese, contro le posizioni di monopolio o quasi monopolio che impediscono la libera concorrenza. Estendere l'applicazione soggettiva delle disposizioni comunitarie ai piccoli sistemi che non incidono sulla concorrenza sarebbe illogico ed irragionevole, in quanto aggraverebbe la posizione economica delle piccole imprese, impedendo alle stesse di rimanere competitive sul mercato insieme alle imprese medio-grandi. In senso analogo, il governo tedesco il quale è del parere che le reti operative siano 'sistemi chiusi', non rivolti al pubblico, in cui i clienti non sono veri terzi, cui consentire l'accesso, quanto piuttosto membri di una 'comunità di approvvigionamento' costituita in base a circostanze giuridiche o di fatto.

⁸⁵ V. conclusioni dell'avv. Gen. Mazàk, in causa *Citiworks AG, cit.*, punto 71. L'interpretazione restrittiva conduce a ritenere ammissibili solo le deroghe previste dall'articolo 20, par. 2, ('Il gestore del sistema di trasmissione o di distribuzione può rifiutare l'accesso ove manchi della necessaria capacità' [...]), dall' articolo 3 n. 8 ('Gli Stati membri possono decidere di non applicare le disposizioni degli articoli 6, 7, 20 e 22 nella misura in cui la loro applicazione osti all'adempimento, in diritto o in fatto, degli obblighi che incombono alle imprese elettriche

La facoltà di esentare i sistemi isolati dagli obblighi di accesso ai terzi, non trova la sua principale giustificazione nella dimensione ridotta dei detti sistemi, ma nella circostanza che essi, non essendo collegati a sistemi più grandi, sono esposti a limitazioni tecniche molto specifiche, con particolare riguardo alla sicurezza della fornitura di energia agli utenti finali.

Dunque l'esenzione dei piccoli sistemi isolati e dei micro sistemi deve avvenire caso per caso, sulla base di valutazioni fondate non sull'analisi economica della gravosità degli oneri amministrativi ed economici degli obblighi di gestione, ma su ragioni legate alla sicurezza della rete.

Il principio di accesso alla rete, sancito ai sensi dell'articolo 20 della direttiva, può essere derogato solo con la salvaguardia di 'interessi generali di carattere imperativo' come la sicurezza degli approvvigionamenti energetici⁸⁶ e la prestazione di servizi nell'interesse economico generale.

La salvaguardia dell'esigenza di accesso alla rete è funzionale alla garanzia della parità di trattamento; tale principio riferito agli utenti determina il divieto di discriminazioni fondate sulla soggettività del richiedente, ovvero obbliga il gestore a consentire l'accesso secondo l'ordine temporale di presentazione delle domande.

Anche in questo caso, sussistono delle ipotesi derogatorie al principio della parità di trattamento espressamente tipizzate dal diritto dell'Unione: il gestore può, infatti, stabilire un ordine di preferenza delle domande di accesso per esigenze imperative connesse alla tutela ambientale, ovvero alla sicurezza dell'approvvigionamento energetico. In riferimento all'esigenza di tutela ambientale, il gestore può concedere la preferenza alle domande di accesso alla rete che provengano da impianti di produzione che impiegano fonti rinnovabili e/o energia prodotta dalla cogenerazione. Quanto alla tutela della sicurezza degli

nell'interesse economico generale e nella misura in cui lo sviluppo degli scambi non venga talmente compromesso da nuocere agli interessi della Comunità[...]') e dall'articolo 26 ('1. Gli Stati membri che, dopo l'entrata in applicazione della presente direttiva, possono dimostrare l'esistenza di seri problemi per la gestione dei loro piccoli sistemi isolati⁸⁵, possono richiedere deroghe alle pertinenti disposizioni dei capitoli IV, V, VI e VII, nonché del capitolo III, nel caso dei microsistemi isolati⁸⁵, per quanto riguarda il rinnovamento, il potenziamento e l'espansione della capacità esistente, che possono essere loro concesse dalla Commissione. Prima di prendere una decisione, quest'ultima informa gli Stati membri delle richieste pervenute, tenendo conto del rispetto della riservatezza[...]'). A ben vedere, la *ratio* della deroga prevista dalla normativa è duplice in quanto la terza eccezione prevista dall'articolo 26 è una specificazione della prima ipotesi di esenzione prevista dall'articolo 20 n. 2, non rivestendo il criterio dimensionale rilevanza autonoma (come invece accade ai fini dell'applicazione dell'obbligo di separazione).

⁸⁶ Sulla configurazione della sicurezza degli approvvigionamenti energetici come esigenza imperativa v. *infra* Cap. II, Sez. II.

approvvigionamenti energetici, il gestore della rete ha la facoltà di dare priorità al dispacciamento degli impianti alimentati con fonti nazionali di energia primaria, nel limite di una soglia non superiore al 15% dei consumi annui di energia primaria dello Stato membro di nazionalità del produttore che richiede l'accesso.

6. Il principio di separazione e le sue tipologie

La tutela indiretta del diritto di accesso alla rete e della parità di trattamento è garantita anche attraverso il principio di separazione (c.d. *unbundling*)⁸⁷.

In questa sede si analizzerà il principio *de quo* nella sua visione 'statica', ovvero come risulta disciplinato dalla legislazione comunitaria in materia di energia, rinviando oltre (*infra* cap. II, sezione II) per una sua analisi in chiave 'dinamica' rispetto alle norme di diritto *antitrust*.

Il principio di separazione ha lo scopo di evitare che le varie attività della filiera energetica vengano gestite da imprese verticalmente integrate⁸⁸, generando un effetto distorsivo della concorrenza che favorisca le imprese collegate nei diversi stadi della filiera⁸⁹.

La strumentalità del principio di separazione rispetto all'efficacia dell'accesso alla rete su base non discriminatoria dipende dall'analisi economica della struttura dei servizi a rete dell'energia. In molti Stati membri, la proprietà delle reti energetiche è nelle mani di imprese verticalmente integrate, responsabili dei vari stadi della filiera energetica. Tali società hanno l'interesse economico a discriminare i loro competitori, favorendo l'accesso alle reti di trasmissione e di distribuzione da parte delle imprese ad esse collegate.

Il principio di accesso ai terzi e le relative deroghe servono a colpire le forme di discriminazioni dirette, ovvero il diniego esplicito di

⁸⁷ In materia di *unbundling* si rinvia a N. AICARDI 'Energia' in M. CHITI, G. CAIA (a cura di) 'Trattato di diritto amministrativo europeo', cit., pp. 1040-1042; C. W. JONES (a cura di), 'EU Energy Law: Volume I – Internal Energy Markets', seconda edizione, Claves & Castels, 2007, pp. 69 – 109; M. ROGGENKAMP, M.M. HAMMER, 'European energy law: Report III, Volume III', Antwerp ed., Oxford, 2008, pp. 342-374; P. D. CAMERON, 'EU energy regulation: implementing the new directives on electricity and gas across Europe', Oxford University Press, Oxford, 2006.

⁸⁸ Ai sensi dell'articolo 2 n. 21 della direttiva 2003/54/CE per «impresa verticalmente integrata» s'intende 'un'impresa o un gruppo di imprese i cui rapporti reciproci sono definiti dall'articolo 3, paragrafo 3, del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, e in cui le società/i gruppi interessati svolgono almeno una delle funzioni di trasmissione o distribuzione e almeno una delle funzioni di generazione o fornitura di energia elettrica'.

⁸⁹ Il principio di separazione, pur non essendo l'elemento più importante della legislazione comunitaria in materia di mercato interno dell'energia, è sicuramente l'argomento più dibattuto a causa delle naturali ripercussioni in tema di concorrenza.

consentire l'accesso sulla base delle giustificazioni espressamente previste dalla normativa europea. Tuttavia, esistono varie forme di discriminazioni indirette, in grado di ostacolare egualmente l'accesso al mercato.

Le discriminazioni indirette possono riguardare forme di sussidi incrociati tra la società proprietaria della rete e le imprese ad essa collegate in modo che i prezzi e le tariffe di accesso, apparentemente uguali per tutti i concorrenti, pur essendo stabilite secondo metodologie trasparenti, uniformi ed obiettive, finiscano per essere più vantaggiose per le imprese verticalmente integrate.

Un altro tipico esempio di discriminazione indiretta riguarda la disponibilità e la gestione delle informazioni commerciali, poiché le società che gestiscono la rete si ritrovano ad avere dati sensibili che riguardano tutti i settori della filiera energetica. Nella fase della produzione, il gestore della rete è a conoscenza degli investimenti fatti dalle compagnie negli impianti di generazione. Nella fase della trasmissione, il gestore della rete è l'unico a poter prevedere i livelli di congestione della rete, predeterminando il raggiungimento dei picchi di energia. Infine, nella fase della distribuzione, i grossisti devono notificare al gestore della rete l'intenzione di volere cambiare il fornitore di energia. La diffusione di tali informazioni commerciali da parte del gestore della rete alle imprese verticalmente integrate, inevitabilmente conduce ad un'asimmetria informativa su dati di mercato particolarmente sensibili, in grado di alterare la concorrenza nei vari mercati della filiera energetica.

La diffusione di informazioni sulla produzione di energia alle imprese collegate nella medesima fase, può rivelare le strategie di mercato del concorrente e le sue intenzioni di potenziamento ed espansione sul mercato. La conoscenza dello stato di congestione della rete può alterare le modalità di presentazione delle domande di accesso nel senso di evitarne la richiesta in prossimità del raggiungimento dei picchi di energia. Il trasferimento di informazioni commerciali relative alle intenzioni dei grossisti di cambiare il fornitore di energia alle imprese collegate nel settore della distribuzione e della vendita può indirizzare tali operatori a proporre direttamente al grossista contratti di fornitura a condizioni più vantaggiose rispetto a quelle del precedente fornitore.

Questo tipo di pratiche, oltre a restringere e falsare il gioco della libera concorrenza nei mercati energetici, determina una discriminazione indiretta di accesso alla rete; tali comportamenti hanno inoltre le caratteristiche di essere difficili da dimostrare sotto il profilo probatorio, necessitando pertanto di una regolamentazione *ex ante* che ne attenui il rischio di verifica. Le istituzioni europee hanno riconosciuto che lo strumento normativo più efficace per evitare le pratiche

anticoncorrenziali indirette nel settore energetico sia il principio di separazione.

Il principio di separazione, in breve, può essere definito come il sistema di disaggregazione della gestione della rete (monopolio naturale) dalle altre attività di imprese verticalmente integrate che operano nei settori della produzione, della trasmissione e della fornitura di energia, idoneo a prevenire o, quantomeno, a gestire il problema del conflitto di interessi, garantendo l'accesso alla rete su base non discriminatoria.

Il principio di separazione può essere declinato in varie forme a seconda della tipologia di disaggregazioni che vengono imposte in capo alle società di gestione delle reti: in senso ascendente, dalla forma più blanda a quella più stringente, si possono avere la separazione contabile (*accounting unbundling*), la separazione amministrativa (*management unbundling*), la separazione legale (*legal unbundling*) e la separazione proprietaria (*ownership unbundling*).

Le direttive del '96 imponevano la forma più blanda del principio di separazione, ovvero la separazione contabile, obbligando le imprese che svolgono attività in diversi segmenti del mercato energetico di tenere conti separati per ciascuna attività.

Le direttive di seconda generazione si spingono oltre optando per la separazione giuridica e per quella amministrativa o funzionale, senza tuttavia adottare la forma più forte di separazione proprietaria delle reti.

6.1. La separazione contabile

La separazione contabile⁹⁰ impone alle imprese elettriche di tenere conti separati nella loro contabilità interna, per ciascuna attività di

⁹⁰ Cfr. Articolo 19 direttiva 2003/54/CE, 'Separazione dalla contabilità': 'Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché la contabilità delle imprese elettriche sia tenuta a norma dei paragrafi 2 e 3.

Le imprese elettriche, qualunque sia il loro regime di proprietà o la loro forma giuridica, redigono, sottopongono a revisione e pubblicano i conti annuali, secondo le norme della legislazione nazionale sui conti annuali delle società di capitali adottate ai sensi della quarta direttiva 78/660/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1978, basata sull'articolo 44, paragrafo 2, lettera g), del trattato e relativa ai conti annuali di taluni tipi di società.

Le imprese che non sono per legge tenute a pubblicare i conti annuali ne tengono una copia a disposizione del pubblico nella loro sede sociale.

Nella loro contabilità interna, le imprese elettriche tengono conti separati per ciascuna attività di trasmissione e distribuzione, come sarebbero tenute a fare se le attività in questione fossero svolte da imprese separate al fine di evitare

discriminazioni, trasferimenti incrociati di risorse tra settori e distorsioni della concorrenza. Tengono inoltre conti che possono essere consolidati per le altre attività nel settore dell'energia elettrica non riguardanti la trasmissione e la distribuzione. Sino al 1o luglio 2007 esse tengono conti separati per le attività di fornitura a clienti idonei e le attività di fornitura a clienti non idonei. Nella contabilità è precisato il reddito proveniente dalla proprietà del sistema di

trasmissione e distribuzione, come sarebbero tenute a fare se le attività in questione fossero svolte da imprese separate.

La gestione della contabilità separata per le imprese elettriche serve ad evitare discriminazioni, trasferimenti incrociati di risorse tra settori, nonché distorsioni della concorrenza.

L'obbligo di tenere separata la contabilità delle imprese elettriche e del gas è accompagnato da una serie di vincoli che riguardano le modalità di redazione dello stato contabile ed il sistema di accesso ai conti.

Nella contabilità deve essere precisato il reddito proveniente dalla proprietà del sistema di trasmissione e di distribuzione e la contabilità interna deve comprendere uno stato patrimoniale ed un conto dei profitti e delle perdite per ciascuna attività.

Le imprese che operano in attività interne alla filiera, non riguardanti la trasmissione e la distribuzione, ovvero in altre attività esterne al settore dell'energia elettrica, possono tenere eventualmente conti consolidati⁹¹.

Per quanto riguarda l'accesso ai conti separati, gli Stati membri o qualsiasi autorità competente da essi designata, ivi comprese le autorità di regolamentazione, hanno il diritto di accedere alla contabilità delle imprese elettriche⁹².

Il potere di accedere ai conti separati spetta alle autorità di regolamentazione: esso è fondamentale ai fini dell'azione di controllo e monitoraggio del corretto funzionamento della concorrenza nei mercati dell'energia perché serve a valutare la rispondenza tra le tariffe di accesso

trasmissione/distribuzione. Le imprese tengono eventualmente conti consolidati per altre attività non riguardanti il settore dell'energia elettrica. La contabilità interna comprende uno stato patrimoniale ed un conto profitti e perdite per ciascuna attività.'

4. La revisione di cui al paragrafo 2 verifica in particolare che sia rispettato l'obbligo di evitare discriminazioni e trasferimenti incrociati di cui al paragrafo 3.'

Simmetricamente si riportano solo le disposizioni, di cui all'articolo 19 della direttiva gas 2003/55/CE, che risultano ultronee rispetto all'articolo 17 della direttiva elettricità: N. 1 '[...]Qualora le imprese beneficino di una deroga a questa disposizione a norma dell'articolo 28, paragrafi 2 e 4, tengono comunque la loro contabilità interna conformemente al presente articolo [...]'; N. 5. 'Le imprese specificano nella contabilità interna le norme di ripartizione dell'attivo e del passivo e dei costi e dei ricavi, nonché le norme di ammortamento, fatte salve le norme relative alla contabilità in vigore a livello nazionale, applicate nella redazione dei conti separati di cui al paragrafo 3. Tali norme possono essere modificate soltanto in casi eccezionali. Le modifiche sono citate e debitamente motivate'.

6. Nell'allegato ai conti annuali le imprese indicano ogni operazione di una certa dimensione effettuata con imprese ad esse collegate.'

⁹¹ Una deroga temporanea, valevole fino al 1 luglio 2007, data in cui entrava in vigore la libera scelta del fornitore da parte dei clienti non idonei, ed oggi da ritenersi abrogata, consentiva di tenere conti separati per le attività di fornitura a clienti idonei e le attività di fornitura a clienti non idonei al fine di evitare sussidi incrociati.

⁹² Cfr. articolo 18 direttiva 2003/54/CE ed articolo 16 direttiva 2003/55/CE.

praticate ed i costi sostenuti per la gestione della rete, nonché evitare sussidi orizzontali tra le imprese verticalmente integrate. Le autorità che esercitano il diritto di accesso sui conti separati hanno l'obbligo di riservatezza sulle informazioni commercialmente sensibili. Tuttavia è prevista una 'disclosure clause' in forza della quale gli Stati membri possono divulgare le informazioni sui conti separati, anche laddove la diffusione pregiudichi i diritti di riservatezza delle imprese cui i conti si riferiscono, qualora ciò sia necessario a consentire alle autorità competenti di svolgere le proprie funzioni.

Le disposizioni in materia di contabilità separata presenti nelle direttive di seconda generazione sono rimaste in larga parte inalterate rispetto a quelle contenute nella precedente normativa.

Tuttavia, considerando che le direttive del 2003 richiedono la separazione legale, non prevista dalle direttive del '96, la normativa specifica sulla contabilità separata si applica oggi, in via residuale, solo per quelle imprese che rimangono esentate dall'obbligo della separazione giuridica.

Infatti, mentre tutte le altre forme di separazione prevedono ipotesi derogatorie, sebbene di carattere eccezionale e come tale, da interpretarsi restrittivamente, nessuna forma di esenzione è prevista rispetto all'obbligo della contabilità separata.

In forza di ciò si può concludere che la gestione separata della contabilità è il requisito minimo indispensabile del regime di separazione nei settori dell'elettricità e del gas, previsto dalla normativa del diritto dell'Unione.

6.2. La separazione amministrativa

La separazione amministrativa impone, invece, l'obbligo per le imprese di gestione della rete, di dotarsi di strutture organizzative e funzionali idonee a salvaguardarne l'indipendenza decisionale rispetto alle imprese verticalmente integrate, titolari di altre attività della filiera energetica, e vice-versa.

Le direttive di prima generazione pur richiedendo, in linea di principio, la disaggregazione della funzione amministrativa, non specificavano in cosa essa dovesse consistere, lasciando un ampio margine di discrezionalità agli Stati membri nella definizione dei suddetti obblighi di separazione.

Le direttive di seconda generazione risultano innovative perché prevedono una tassativa ed analitica enunciazione degli obblighi che discendono dalla separazione amministrativa.

Ai sensi dell'articolo 10, par. 1, e dell'articolo 15, par. 1, della direttiva 2003/54/CE, il gestore del sistema di trasmissione e di

distribuzione, qualora faccia parte di un'impresa verticalmente integrata deve essere 'indipendente, sotto il profilo dell'organizzazione e del potere decisionale, dalle altre attività non connesse alla trasmissione' ed 'alla distribuzione'.

L'indipendenza deve essere garantita attraverso l'elaborazione di meccanismi decisionali autonomi tra le società di gestione della trasmissione e della distribuzione e le società verticalmente integrate che operano in altri stadi della filiera energetica, nonché attraverso la distinzione delle strutture organizzative delle società collegate.

In particolare, con riferimento all'autonomia del potere decisionale, le direttive richiedono che le decisioni prese dagli organismi competenti delle società non siano influenzate dagli interessi economici delle imprese collegate.

L'impermeabilità dei meccanismi decisionali agli interessi extra-societari deve essere garantita, in primo luogo, soddisfacendo quattro criteri minimi che riguardano:

1. la posizione delle persone responsabili dell'amministrazione nelle strutture societarie
2. la separazione degli interessi professionali
3. il controllo finanziario
4. l'esistenza di programmi di adempimenti

In riferimento al primo criterio, la separazione amministrativa comporta il divieto, per i responsabili di amministrazione dei gestori di rete, di far parte dell'organigramma societario delle imprese verticalmente integrate⁹³. La disposizione lascia tuttavia impregiudicata la questione definitoria relativa alla qualificazione dell'espressione dei 'responsabili di amministrazione' che, se interpretata in termini estensivi, finirebbe per ricomprendere tutti i dipendenti che abbiano il potere di prendere decisioni rilevanti nella gestione dell'attività laddove, se interpretata in termini restrittivi, coinciderebbe con i componenti del consiglio di amministrazione.

Nelle 'Note della Direzione Generale dell'Energia ed il Trasporto alle direttive sui mercati interni dell'elettricità e del gas'⁹⁴, la Commissione ha finito con l'adottare una posizione intermedia in quanto

⁹³ Cfr. Direttiva 2003/54/CE Articolo 10 n. 2 lett. A): 'Le persone responsabili della gestione del sistema di trasmissione non possono far parte delle strutture societarie dell'impresa elettrica integrata responsabili, direttamente o indirettamente, della gestione quotidiana delle attività di generazione, distribuzione e fornitura di energia elettrica'.

⁹⁴ Le note non sono vincolanti per la Commissione, ma creano un legittimo affidamento, in capo alle società destinatarie degli obblighi derivanti dalle direttive, sull'interpretazione che la Commissione intende adottare, al momento della data di comunicazione delle note, rispetto all'adempimento dei suoi doveri di controllo e vigilanza sulla corretta trasposizione dei principi stabiliti dalla normativa comunitaria in materia di liberalizzazione dei mercati energetici.

richiede che il principio in esame si applichi sia nei confronti del consiglio di amministrazione⁹⁵, sia nei confronti degli intermediari operativi, con esclusione di tutti gli altri membri del personale della società di gestione della rete.

Per quanto riguarda la separazione degli interessi professionali, la direttiva si limita ad enunciare il principio, senza indicarne in modo analitico né l'ambito di applicazione, né il contenuto dell'obbligo⁹⁶. Più in particolare, la direttiva non chiarisce cosa debba intendersi per 'interesse professionale', né quali siano i criteri per giudicare l'adeguatezza delle misure prese dagli Stati membri per garantire che i responsabili della gestione della rete possano agire in modo indipendente. Un'interpretazione estensiva della disposizione normativa, giustificata dall'importanza che il principio di separazione amministrativa riveste alla luce degli scopi della direttiva, imporrebbe che nella nozione di interessi professionali rientrassero sia le vicende che attengono alla progressione in carriera dei soggetti responsabili dell'amministrazione, sia il livello della retribuzione salariale.

Quanto alle decisioni che attengono all'avanzamento professionale dei destinatari degli obblighi in parola, tali condizioni di progressione, al pari delle decisioni relative alla sostituzione o al decadimento dalle funzioni, dovrebbero essere predeterminate nello statuto della società di gestione della rete, al fine di evitare che le vicende attinenti alla carriera del responsabile di amministrazione vengano influenzate dalla volontà o dall'iniziativa delle imprese collegate.

In riferimento alla determinazione del livello di retribuzione salariale degli amministratori della società di gestione della rete, l'indipendenza decisionale verrebbe salvaguardata se la retribuzione non fosse parametrata sulla base dei risultati economici ottenuti dalle società collegate negli altri stadi della filiera energetica, ma fosse stabilita sulla base di elementi predeterminati, collegati ai risultati economici e finanziari ottenuti dalla (stessa) società di gestione della rete.

⁹⁵ Questo significa, per esempio, che un direttore esecutivo di una compagnia di rete non può contestualmente essere un direttore esecutivo di una società collegata nel settore della fornitura e della produzione, o viceversa. Rimane comunque possibile per un direttore esecutivo di una holding, svolgere una funzione di controllo nella società di gestione della rete, senza essere coinvolto nelle decisioni quotidiane. Per stabilire a quali condizioni un membro del consiglio di amministrazione della società che gestisce la rete può lavorare anche in una holding, senza essere direttamente coinvolto nelle attività quotidiane della società di produzione e di fornitura dell'energia, è necessaria una decisione di autorizzazione che deve essere rilasciata dalla Commissione sulla base di una valutazione del caso concreto.

⁹⁶ Cfr. Direttiva 2003/54/CE Articolo 10 n. 2 lett. B): 'devono essere adottate misure idonee ad assicurare che gli interessi professionali delle persone responsabili della gestione del sistema di trasmissione siano presi in considerazione in modo da consentire loro di agire in maniera indipendente'.

Il criterio del controllo finanziario⁹⁷ è l'elemento regolamentato in maniera più dettagliata dalle direttive, nella consapevolezza dell'importanza del valore economico che la rete ha come *'asset'* strategico per l'impresa verticalmente integrata. In assenza della separazione proprietaria della rete, lo spazio di azione del legislatore europeo nella definizione del contenuto del criterio sul controllo finanziario è circoscritto e mira ad evitare che le decisioni finanziarie sui progetti di investimento nella rete operate dalla società di gestione, siano in qualche modo influenzate dalle scelte delle società collegate, pur nel rispetto della tutela dei diritti di vigilanza economica e gestionale che esistono nei diritti societari degli Stati membri, tra la società madre e le società controllate⁹⁸.

In tal senso, la norma non preclude alla società madre di dare istruzioni alla società di gestione della rete sui progetti di costruzione ed ammodernamento delle linee di trasmissioni: essa vieta soltanto che tali istruzioni possano eccedere il piano finanziario approvato o qualsiasi strumento equivalente. La norma non impone la natura dettagliata o specifica del piano finanziario, né cosa debba intendersi per strumento di natura equivalente. La Commissione, nelle note interpretative ha stabilito che il termine *'strumenti equivalenti'* debba essere inteso in senso restrittivo, in modo che l'approvazione da parte della società madre possa avvenire solo per quegli strumenti che siano funzionalmente equivalenti ad un piano finanziario.

L'ultimo criterio che deve essere soddisfatto perché una legislazione nazionale di adempimento delle direttive in materia di mercato interno dell'energia assicuri l'obbligo della separazione amministrativa, riguarda la predisposizione di un programma di adempimenti⁹⁹.

⁹⁷ Cfr. Direttiva 2003/54/CE Articolo 10 n. 2 lett. C) *'il gestore del sistema di trasmissione dispone di effettivi poteri decisionali, indipendenti dall'impresa elettrica integrata, in relazione alle installazioni necessarie alla gestione, alla manutenzione o allo sviluppo della rete. Ciò non dovrebbe ostare all'esistenza di appropriati meccanismi di coordinamento intesi a garantire la tutela dei diritti di vigilanza economica e gestionale della società madre sulla redditività disciplinata indirettamente ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 2, di una società controllata. In particolare ciò consente alla società madre di approvare il piano finanziario annuale, o qualunque strumento equivalente, del gestore del sistema di trasmissione e di fissare limiti globali ai livelli di indebitamento della sua società controllata. Non è consentito alla società madre di dare istruzioni, né per quanto riguarda le operazioni giornaliere, né in relazione a singole decisioni concernenti la costruzione o il miglioramento delle linee di trasmissione, che non eccedono i termini del piano finanziario approvato o di qualsiasi strumento equivalente'*.

⁹⁸ Come si vedrà successivamente nel corso della trattazione, la normativa in materia di controllo finanziario risulta *'debole'* ed è una delle cause dei sotto-investimenti nelle reti di trasmissione dell'energia elettrica e del gas.

⁹⁹ Cfr. Direttiva 2003/54/CE Articolo 10 n. 2 lett. D): *'il gestore del sistema di trasmissione predispone un programma di adempimenti, contenente le misure adottate per escludere*

Il programma di adempimenti contiene le regole di condotta che dovrebbero essere rispettate dai dipendenti del gestore della rete, al fine di evitare comportamenti discriminatori. La norma impone l'obbligo di costituire, all'interno della società di gestione della rete, un organo responsabile dell'osservanza del programma, con il compito di verificare la vigilanza sulla discriminarietà dei comportamenti e presentare annualmente alle autorità di regolamentazione nazionale una relazione pubblica sullo stato di attuazione del programma¹⁰⁰.

Infine, la normativa europea dispone che la separazione amministrativa debba essere intesa come uno standard minimo: ciò significa che gli Stati membri, nel rispetto del principio di sussidiarietà e proporzionalità, possono prendere le misure più appropriate per assicurare un rafforzamento del grado di indipendenza delle persone, incaricate della gestione della rete¹⁰¹.

6.3. La separazione legale

La separazione legale impone l'obbligo per le imprese di gestione della rete, di dotarsi di una forma giuridica distinta dalle imprese verticalmente integrate, titolari di altre attività della filiera energetica.

La separazione legale rappresenta la novità più evidente delle direttive di seconda generazione rispetto alla normativa previgente, la quale comunque consentiva agli Stati membri di procedere volontariamente all'imposizione della disaggregazione legale delle imprese verticalmente integrate nei settori dell'elettricità e del gas.

Ai sensi dell'articolo 10, par. 1, e dell'articolo 15, par. 1, della direttiva 2003/54/CE, i gestori del sistema di trasmissione e distribuzione, qualora facciano parte di un'impresa verticalmente integrata devono

comportamenti discriminatori e garantire che ne sia adeguatamente controllata l'osservanza. Il programma indica gli obblighi specifici dei dipendenti per raggiungere questo obiettivo. La persona o l'organo responsabile del controllo del programma degli adempimenti presenta ogni anno all'autorità di regolamentazione di cui all'articolo 23, paragrafo 1 una relazione sulle misure adottate; tale relazione è pubblicata⁷.

¹⁰⁰ L'individuazione del soggetto responsabile dell'attività di monitoraggio dovrebbe avvenire all'interno dei dipendenti con maggiore esperienza professionale, in modo da garantirne l'imparzialità e l'indipendenza.

¹⁰¹ Nel contesto della separazione amministrativa, una questione delicata concerne il problema della *gestione dei servizi comuni*, ovvero quei servizi che sono stati – prima dell'entrata in vigore del regime di separazione - condivisi tra la trasmissione, la distribuzione, la fornitura ed altre attività economiche. I servizi comuni tipicamente includono i servizi sul personale e gli aspetti finanziari, l'*IT service*, la gestione dei patrimoni immobiliari ed i servizi di mobilità. Alcuni Stati membri si oppongono strenuamente alla richiesta di una sistematica duplicazione di questi servizi comuni richiesta per rafforzare il contenuto della separazione amministrativa perché ciò, secondo la loro opinione, incrementerebbe in modo significativo gli oneri economici ed amministrativi, senza portare alcun corrispondente beneficio addizionale.

essere indipendenti, sotto il profilo della forma giuridica, dalle altre attività non connesse alla trasmissione ed alla distribuzione.

Il principio della separazione legale si pone su di un piano di eccezione rispetto alla regola generale che prescrive la libertà, in capo alle società, di scegliere la propria forma giuridica: tale eccezione è giustificata dal rischio del conflitto di interesse tra le imprese verticalmente integrate e le società che gestiscono il sistema di trasmissione e distribuzione dell'elettricità e del gas.

Nonostante l'enfasi con la quale la Commissione ha salutato positivamente l'introduzione dell'obbligo di separazione giuridica come una delle principali novità delle direttive di seconda generazione, è difficile riuscire a comprendere quale possa essere davvero il valore aggiunto della disaggregazione della forma giuridica, specialmente se si considera la pervasività degli obblighi relativi alla separazione amministrativa, che dovrebbero essere di per sé, già sufficienti a garantire l'indipendenza tra le società di gestione della rete e le imprese verticalmente integrate¹⁰².

Lo scopo della separazione legale è quello di rendere giuridicamente separate e distinte le società di trasmissione e distribuzione dalla altre imprese verticalmente integrate. L'effetto della separazione legale è quello di creare diverse personalità giuridiche in capo alle società destinatarie delle norme.

La diversa soggettività giuridica imposta dall'obbligo di disaggregazione consente di creare distinti centri di imputazione e quindi di riconoscere una distinta titolarità di diritti e doveri. Tuttavia, le norme sulla separazione amministrativa, se trasposte correttamente nella legislazione nazionale degli Stati membri, garantiscono di per sé l'indipendenza dei meccanismi decisionali delle società di gestione della rete, risalendo puntualmente alla provenienza e, di conseguenza, all'imputazione delle decisioni prese ed imponendo sanzioni qualora una decisione, sebbene formalmente presa dalla società di gestione sia stata influenzata dai comportamenti delle imprese verticalmente integrate e viceversa, in modo tale da ricondurre ad esse la volontà di adottare la decisione contestata. Anche considerando che la separazione giuridica porta alla creazione di strutture ed uffici autonomi, tale obbligo sarebbe ricompreso negli obblighi di separazione amministrativa che impongono organizzazioni e luoghi di lavoro distinti.

L'unico valore aggiunto dell'obbligo di separazione legale residuerebbe allora sul piano meta-giuridico, in quanto elemento capace di rafforzare l'identità societaria dei gestori del sistema di trasmissione e

¹⁰² In senso analogo, v. C. W. JONES (a cura di) *'EU Energy Law: Volume I – Internal Energy Markets'*, cit. p. 78.

distribuzione. I dipendenti di tali società che non risultassero destinatari degli obblighi derivanti dalla separazione amministrativa, non rientrando nella nozione di ‘responsabili di amministrazione’, in quanto non facenti parte né del consiglio di amministrazione, né di organismi operativi, vedrebbero rafforzarsi la volontà di pensare ed agire in maniera indipendente rispetto agli interessi economici delle società collegate, operanti in altri settori della filiera.

7. Il principio della libera scelta dei fornitori da parte degli utenti finali.

Il principio della libera scelta dei fornitori da parte dei clienti finali è una norma fondamentale delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE. Anzi, a ben vedere, tale principio è l'innovazione più profonda rispetto alla legislazione previgente, per la capacità della norma di incidere nella gestione della domanda nei mercati di energia.

Tuttavia, è forse nella disciplina della fase della vendita dell'energia che si coglie il fallimento della seconda fase di liberalizzazione dei mercati energetici per il mancato raggiungimento degli obiettivi previsti. Le direttive stabilivano infatti due date entro le quali realizzare la piena e completa liberalizzazione dei mercati energetici: il 1 luglio 2004 per tutti i clienti idonei¹⁰³ ed il 1 luglio 2007 per tutti i clienti finali.

Le direttive introducevano una nuova qualificazione di clienti idonei, non più legata alla quantità di energia consumata, come previsto dalle precedenti direttive, ma alla tipizzazione della qualifica di utente finale ed utente per uso industriale, con la conseguente attenuazione, sia della discrezionalità degli Stati membri sul grado di apertura dei mercati nazionali, che dell'attività amministrative nazionali di controllo sulla titolarità delle qualifiche della clientela.

La liberalizzazione della fase di vendita e fornitura dell'energia a tutti i clienti finali doveva essere, nell'ottica del legislatore europeo, l'ultima tappa per garantire la piena concorrenzialità dei mercati energetici. La possibilità per tutti i tipi di consumatori di scegliere la società dalla quale rifornirsi di energia, avrebbe dovuto innescare virtuosi meccanismi di concorrenzialità tra le società di distribuzione dell'energia con una conseguente previsione sull'abbassamento dei prezzi delle bollette.

Per controbilanciare gli interessi di profitto delle società energetiche, la normativa prevedeva una serie di norme a tutela dei

¹⁰³ Clienti idonei o ‘non civili’, come prevede la non felice traduzione italiana rispettivamente degli articoli 21 della ‘direttiva elettricità’ e 23 della ‘direttiva gas’

consumatori, sia in riferimento alla garanzia dell'effettività, rispetto alla possibilità di scegliere tra una pluralità di operatori di mercato, sia rispetto al diritto dei consumatori di ottenere informazioni ambientali circa l'origine dell'energia prodotta al fine di orientare le scelte dei consumatori verso l'offerta di energia prodotta da fonti rinnovabili o comunque più eco-compatibile¹⁰⁴.

La disciplina europea stabiliva inoltre nuovi obblighi di servizio universale a tutela di quella particolare categoria di consumatori di energia costituita dai 'clienti vulnerabili' che rappresentano quella fascia di utenti finali situati in zone isolate o comunque lontane dai centri di produzione e di smistamento dell'energia¹⁰⁵.

Tuttavia, le previsioni del legislatore europeo non hanno ottenuto i risultati sperati: le recenti indagini di settore condotte dalla Commissione europea tra il 2005 ed il 2010 dimostrano ancora la fragilità dei meccanismi concorrenziali nei settori *de quibus*.

Il cambiamento di fornitura dei clienti finali è stato irrilevante¹⁰⁶, l'aumento della concorrenzialità è risultato insufficiente, ma soprattutto, non si è avuto un significativo contenimento dei prezzi delle bollette¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Cfr. articolo 3 n. 6 Direttiva 2003/54/CE: 'Gli Stati membri provvedono affinché i fornitori di energia elettrica specificino nelle fatture o unitamente alle stesse ed in tutto il materiale promozionale inviato ai clienti finali:

a) la quota di ciascuna fonte energetica nel mix complessivo di combustibili utilizzato dall'impresa fornitrice nell'anno precedente;

b) almeno il riferimento alle fonti di riferimento esistenti, per esempio pagine web, qualora le informazioni sull'impatto ambientale, almeno in termini di emissioni di CO₂ e di scorie radioattive risultanti dalla produzione di energia elettrica prodotta mediante il mix di combustibile complessivo utilizzato dal fornitore nell'anno precedente, siano a disposizione del pubblico'.

¹⁰⁵ Cfr. articolo 3 n. 5 Direttiva 2003/54/CE. 'Gli Stati membri adottano le misure adeguate per tutelare i clienti finali, ed assicurano in particolare ai clienti vulnerabili un'adeguata protezione comprese le misure atte a permettere loro di evitare l'interruzione delle forniture. In questo contesto, gli Stati membri possono adottare misure di tutela dei clienti finali nelle zone isolate. Essi garantiscono un elevato livello di protezione dei consumatori, con particolare riguardo alla trasparenza delle condizioni generali di contratto, alle informazioni generali ed ai meccanismi di risoluzione delle controversie'.

¹⁰⁶ Sulla base dei dati di analisi del 'customer switching' della Commissione europea contenuti nel 'Rapporto sullo stato di avanzamento nella creazione del mercato interno dell'elettricità e del gas' (SEC 2005 1448) in Italia vi sono 7,59 milioni di utenti con possibilità di scelta (tutte utenze non domestiche) a cui si sommano circa 20 milioni appartenenti al mercato regolamentato. Sono solo 126.000 le utenze non domestiche che hanno cambiato fornitore. In Italia vi sono oltre 18 milioni di utenti del gas; il 23% dei grandi utenti, il 3% dei medi utenti e solo l'1% dei piccoli utenti ha cambiato fornitore.

¹⁰⁷ L'analisi dei prezzi delle bollette energetiche in Italia dimostra che i prezzi per le famiglie sono rimasti relativamente stabili negli ultimi 10 anni. Tuttavia, i prezzi medi per le famiglie sono tra i più alti di tutti gli Stati membri (circa il 43% in più rispetto alle medie europee). Negli ultimi 10 anni il prezzo medio per le utenze industriali ha fatto registrare un trend in aumento. Attualmente il prezzo medio per le utenze industriali è il terzo più alto tra tutti gli Stati membri

8. L'attuazione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE

La Commissione europea, consapevole dell'importanza della corretta trasposizione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE per la creazione del mercato interno dell'energia, ha dedicato un'attenzione particolare all'attività di monitoraggio degli adempimenti nazionali rispetto agli obblighi del diritto europeo dell'energia.

Già nell'ottobre del 2004, la Commissione aveva inviato 18 lettere di messa in mora per la mancata trasposizione delle summenzionate direttive nei termini richiesti. Successivamente, l'istituzione europea aveva proseguito la procedura attraverso l'invio del parere motivato nei confronti di 10 Stati membri fino a giungere all'apertura della fase contenziosa della procedura di infrazione, attraverso la proposizione da parte della Commissione nel luglio 2005 di un ricorso contro 5 Stati membri (Estonia, Irlanda, Grecia, Spagna e Lussemburgo) per mancata trasposizione delle direttive¹⁰⁸.

Il Lussemburgo, con la sentenza emessa il 28 settembre 2006 nella causa C-353/05, e la Spagna, con la sentenza emessa il 21 giugno 2007 nella causa C-358/05, sono stati condannati dalla Corte di Giustizia per mancato adempimento degli obblighi comunitari, non avendo adottato nel termine prescritto (1 luglio 2004) le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva 2003/54/CE.

La Commissione sembra essere intenzionata a portare nuovamente entrambi gli Stati davanti alla Corte di Giustizia, al fine di richiedere una doppia sentenza di condanna per il mancato ottemperamento della prima sentenza dichiarativa dell'inadempimento.

La Commissione, nell'aprile del 2006, aveva inoltre deciso di inviare 28 lettere di messa in mora, cui ha seguito nel dicembre del 2006 l'invio di 26 pareri motivati contro 16 Stati membri¹⁰⁹ per l'errata trasposizione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE.

(24% in più rispetto alle medie europee), con grave pregiudizio della competitività delle imprese italiane.

¹⁰⁸ La Commissione prosegue inoltre l'esame della conformità della normativa estone e ungherese per il gas. Lettere di messa in mora sono state anche inviate al Portogallo e all'Ungheria, rispettivamente il 4 luglio e il 18 ottobre, con riguardo al settore dell'elettricità. Il 28 Novembre del 2006, nella Causa C-413/04, la Corte ha annullato la direttiva 2004/85/CE nella parte in cui aveva modificato l'articolo 21 della direttiva 2003/54/CE introducendo una deroga temporale, fino al 2009, all'Estonia per consentire l'apertura parziale del proprio mercato dell'energia.

¹⁰⁹ Si tratta di Germania, Austria, Belgio, Repubblica Ceca, Estonia, Spagna, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Lituania, Lettonia, Polonia, Svezia, Slovacchia, Regno Unito. Il procedimento di infrazione riguarda l'errata o mancata trasposizione della seconda direttiva gas ed elettricità; solo la Finlandia, ed anche l'Austria ma limitatamente alla direttiva gas, aveva addotto motivazioni

Con l'invio dei pareri motivati che aprono la seconda fase della procedura di infrazione per violazione delle direttive 2003 sull'apertura dei mercati energetici, la Commissione sembra voler confermare la volontà di seguire attentamente l'attuazione della legislazione relativa al mercato interno. Solo l'attuazione piena e completa delle direttive da parte degli Stati membri può consentire la realizzazione di un mercato interno dell'elettricità e del gas, idoneo a garantire a tutti i consumatori europei una reale possibilità di scelta per la fornitura di gas e di elettricità.

I principali problemi emersi in sede di recepimento delle direttive riguardano la persistenza di tariffe di fornitura regolamentate per i clienti idonei, che bloccano l'arrivo di nuovi concorrenti e impediscono la libera scelta del fornitore, l'insufficiente separazione dei gestori di rete verticalmente integrati con attività di produzione e fornitura, in particolare per quanto riguarda la separazione amministrativa, l'accesso discriminatorio dei terzi alla rete, e in particolare il mantenimento di un accesso preferenziale per i contratti storici degli operatori dominanti. Le norme interne di trasposizione delle direttive di seconda generazione segnalano inoltre l'inadeguatezza dei poteri decisionali attribuiti alle autorità di regolamentazione, in particolare per quanto riguarda l'accesso alle reti e la tariffazione, nonché la mancata notifica degli obblighi di servizio pubblico, in particolare per ciò che concerne la tutela dell'ambiente.

La persistenza degli inadempimenti statali sottolinea le carenze dell'attuale quadro legislativo rispetto all'attuazione degli obblighi dettagliati contenuti nella legislazione europea. Essa evidenzia anche le resistenze politiche ed economiche che gli Stati membri oppongono rispetto all'apertura dei mercati interni dell'energia ad una reale concorrenza.

Per ovviare a queste carenze, la DG Energia insieme alla DG Concorrenza, hanno deciso di effettuare unitamente, in ciascun Stato membro, un esame approfondito volto ad analizzare l'efficacia, nella pratica, delle misure legislative e regolamentari in materia di apertura dei mercati energetici, fino a lanciare, il 13 giugno del 2005 (IP/05/716) un'inchiesta settoriale nell'energia, conclusasi il 10 gennaio del 2007¹¹⁰.

La Commissione ha riconosciuto l'impossibilità di valutare il grado di effettiva apertura dei mercati nazionali dell'energia attraverso il solo giudizio di compatibilità della legislazione nazionale di trasposizione

che sono state giudicate dalla Commissione adeguate perché i procedimenti avviati a loro carico non portassero alla decisione formale di messa in mora.

¹¹⁰ SEC (2006) 1724. Per un'analisi dettagliata delle risultanze emerse dalla *Sectoral Inquiry* della Commissione in materia di mercati energetici si rinvia al Cap. II, sez. II.

degli obblighi del diritto dell'Unione presenti nelle direttive di liberalizzazione dell'energia, senza un'analisi più dettagliata che prendesse in considerazione una serie di indicatori economici, quali il prezzo delle tariffe energetiche, i flussi di investimento nelle capacità della rete ed il numero di cambi di fornitura da parte dei clienti finali, idonei a valutare il grado effettivo di apertura dei mercati nazionali rispetto alla libera concorrenza

L'approccio integrato tra il monitoraggio sullo stato dei mercati energetici nazionali e l'inchiesta nel settore energetico sono stati altresì il presupposto economico per l'elaborazione di nuove proposte di direttiva per la liberalizzazione del settore energetico.

9. Verso la terza fase di liberalizzazione dei mercati dell'elettricità e del gas?

Le direttive di seconda generazione, pur riducendo in maniera apprezzabile le alternative applicative consentite da quelle di prima generazione, hanno raggiunto solo parzialmente i loro obiettivi di accelerazione del processo di liberalizzazione e di armonizzazione dei mercati energetici.

Il mancato raggiungimento degli scopi previsti dalle direttive della seconda fase ha aperto il dibattito, in seno alle istituzioni europee, per l'adozione di un terzo e definitivo (?) pacchetto di normative per la creazione e la disciplina uniforme di un mercato europeo dell'energia¹¹¹.

Le Conclusioni del Consiglio Europeo del Marzo 2007 hanno rivendicato la centralità e la strategicità di una nuova politica energetica europea fondata sul mercato interno dell'energia in cui operi efficacemente la libera concorrenza.

In questo rinnovato vigore politico, espressione di una sintesi di intenti presenti a livello intergovernativo sulla necessità di dotarsi di una politica energetica più integrata ed efficace, si inserisce la proposta della Commissione europea relativa all'adozione di un terzo pacchetto di direttive di liberalizzazione dei mercati dell'elettricità e del gas¹¹².

¹¹¹ Dal discorso del Commissario per l'energia, Andris Piebalgas, alla Conferenza sul diritto europeo dell'energia tenutosi a Bruxelles il 10 Settembre 2007 (SPEECH/07/562); 'This is the third internal market package; it has to be the last [...] And this is the reason why I have no hesitation, or make no excuse, from acknowledging that the Commission is presenting an ambitious and bold energy package. It is bold, it is ambitious, it is difficult. But it is necessary'.

¹¹² Il terzo pacchetto di proposte per la liberalizzazione dei mercati dell'elettricità e del gas, presentato a Bruxelles il 19.9.2007, comprende: una nuova proposta di direttiva relativa all'energia elettrica (COM(2007) 528) che modifica ed integra la direttiva 2003/54/CE ('*direttiva elettricità*'), una nuova proposta di direttiva relativa al gas (COM(2007) 529) che modifica ed integra la direttiva 2003/55/CE ('*direttiva gas*'), un regolamento che istituisce un'Agenzia

La terza fase della liberalizzazione energetica nasce dalla constatazione del mancato raggiungimento degli obiettivi prefissati nella precedente normativa. L'approccio metodologico usato dalla Commissione nell'elaborazione della proposta di direttiva è stato quello di individuare i problemi ancora insoluti¹¹³ ed analizzare le possibili opzioni risolutive delle criticità evidenziate¹¹⁴.

Sempre sul piano metodologico, vi è da sottolineare l'approccio globale ed integrato per cui la liberalizzazione proposta tiene pienamente conto delle esigenze ambientali, nonché delle esigenze di garantire la sicurezza degli approvvigionamenti.

In sintesi le maggiori novità riguarderanno il regime di separazione delle imprese verticalmente integrate, con possibilità di scegliere tra il modello del Gestore di Sistema Indipendente e la separazione proprietaria¹¹⁵, l'indipendenza delle autorità nazionali coordinate al livello europeo attraverso la creazione di un'Agenzia europea per

europa di cooperazione tra autorità nazionali di regolamentazione nel settore dell'energia (COM(2007) 530), la proposta di un regolamento relativo all'energia elettrica (COM(2007) 531) che modifica e integra il regolamento (CE) n. 1228/2003 ('*regolamento elettricità*'), ed infine, un regolamento relativo al gas (COM (2007) 532) che modifica e integra il regolamento (CE) n. 1775/2005 ('*regolamento gas*').

¹¹³ L'inchiesta settoriale sull'energia, lanciata dalla Commissione nel giugno del 2005 ha evidenziato una serie di criticità dei mercati energetici come le barriere all'entrata per i nuovi concorrenti, la mancanza di una reale ed effettiva possibilità per i consumatori finali di cambiare i fornitori, i sottoinvestimenti nella capacità della rete.

In particolare, l'indagine di settore della Commissione ha posto in luce come i mercati energetici nazionali, anche laddove la liberalizzazione ha avuto effetti tangibili, rimangono dei mercati nazionali (o al più, regionali) nello scopo, e non un singolo mercato europeo.

¹¹⁴ In tale contesto, la Commissione ha avviato una serie di consultazioni pubbliche, in particolare, sulle diverse possibilità in materia di separazione delle imprese verticalmente integrate, garanzia di accesso ai terzi, meccanismi idonei ad assicurare l'indipendenza decisionale delle autorità nazionali di regolazione.

¹¹⁵ Le proposte indicano chiaramente che, in questo contesto, l'opzione preferita dalla Commissione è la disaggregazione della proprietà (*ownership unbundling*) – ovvero il divieto imposto all'impresa proprietaria della rete di trasporto ad essere contemporaneamente attiva nella produzione o nell'erogazione di energia. La proposta della Commissione sull'introduzione della separazione proprietaria come soluzione ideale, era stata sostenuta da alcuni Stati membri (primo tra tutti, la Gran Bretagna) nonché dal Parlamento europeo e da ERGEG. Tuttavia, la stessa Commissione, riconoscendo le resistenze di altri Stati membri espresse anche in seno al Consiglio Europeo, ha esaminato altre soluzioni, diverse dalla separazione proprietaria scegliendo, come alternativa migliore, quella della creazione di un modello di '*Gestore di Sistema Indipendente*' che, se interpretato in modo forte e rigoroso, produrrebbe risultati equivalenti alla separazione proprietaria. In base al modello del gestore di sistema indipendente, le imprese verticalmente integrate esistenti potrebbero restare proprietarie della rete solo a condizione che la gestione del loro capitale fisso sia assicurata da un'impresa o un organismo indipendente.

Entrambe le opzioni incoraggiano le imprese ad investire in nuove infrastrutture e in nuove capacità d'interconnessione e di produzione, il che permetterà di evitare guasti locali generalizzati ed ingiustificati incrementi dei prezzi.

l'energia¹¹⁶ ed i meccanismi di tutela dei consumatori con l'adozione di una 'Carta europea dei diritti dei consumatori di energia'¹¹⁷.

La Carta europea dovrebbe contenere un rafforzamento della tutela contrattuale dei diritti dei consumatori, in qualità di contraente debole: tra questi, risultano particolarmente importanti il diritto alla connessione, ovvero il diritto di ricevere a titolo oneroso servizi regolari, prevedibili e sicuri di erogazione di energia elettrica e di gas, il diritto di scegliere liberamente il fornitore, con la possibilità di esercitare il recesso rispetto al precedente fornitore senza costi aggiuntivi, il diritto ad avere informazioni contrattuali trasparenti sulla fornitura di energia, le condizioni contrattuali, i prezzi, le tariffe, le misure di efficienza energetica. Sotto il profilo ambientale, risulta interessante il diritto alla tracciabilità dell'energia, ovvero il diritto ad essere costantemente informati sull'origine ed il metodo di produzione dell'energia elettrica. La Carta dell'energia conterrà inoltre l'elenco di misure di carattere sociale al fine di tutelare i cittadini vulnerabili con l'obbligo di garanzia di livelli

¹¹⁶ La Commissione propone di creare, a complemento delle autorità di regolamentazione nazionali, un'Agenzia di cooperazione delle autorità di regolamentazione nazionali nel settore dell'energia che potrà adottare decisioni di natura vincolante. La costituzione dell'Agenzia europea dell'energia (sul punto vedi più diffusamente il paragrafo successivo n. 5) garantirà, negli intendimenti della Commissione, un più adeguato trattamento delle questioni transfrontaliere e consentirà l'instaurazione di un'autentica rete unica europea, con i vantaggi che ne derivano in termini di diversità e di sicurezza dell'approvvigionamento. Con riferimento alla cooperazione verticale tra la Commissione e le Autorità di regolamentazione nazionale dell'energia, la proposta contiene misure volte a rafforzare l'efficienza dell'azione di tali Autorità nazionali (in particolare sotto il profilo della capacità di intervento preventivo) e a garantire l'indipendenza decisionale.

¹¹⁷ In base alla proposta di direttiva, i consumatori godranno dei diritti sanciti da una 'Carta europea dei diritti dei consumatori di energia', prevista per il 2008. La Carta intende definire i diritti dei consumatori nel settore della fornitura di energia elettrica e di gas con riferimento a contratti, informazioni, prezzi, composizione delle controversie e tutela in caso di pratiche commerciali sleali. La Carta è uno strumento concepito per rafforzare la tutela dei diritti dei consumatori dell'energia, con particolare riguardo ai clienti vulnerabili, e per rendere gli utenti maggiormente consapevoli della loro possibilità di esercitare il cambio del fornitore dal 1 luglio del 2007. La Carta includerà disposizioni volte a far fronte alla cosiddetta 'fuel poverty' (povertà in relazione al consumo di energia), informazioni sui fornitori disponibili e sulle opzioni di approvvigionamento, azioni intese a ridurre le formalità burocratiche in caso di sostituzione del fornitore di energia e a proteggere i cittadini da pratiche di vendita scorrette. Una specifica campagna di informazione sarà avviata per informare i cittadini dei diritti a loro favore presenti obbligatoriamente nei contratti di utenza, e per rendere effettiva la possibilità di scegliere liberamente il fornitore dell'energia, già in atto dal 1 luglio 2007.

In materia di protezione dei consumatori, la proposta direttiva fissa standard minimi di tutela e più stringenti obblighi di etichettatura sull'origine dell'energia prodotta al fine di stimolare i consumi e gli investimenti nelle fonti di energia indigene ed eco-sostenibili come le fonti rinnovabili; in dottrina sulla tutela dei consumatori nell'energia vedi A. BIANCARDINI, B. FONTINI, 'Liberi di scegliere?', Il Mulino, Bologna, 2005 e L. DELL'AGLI, 'L'accesso all'energia elettrica come diritto umano fondamentale per la dignità della persona umana', in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2007, pp. 713-725.

minimi di servizi energetici (energia elettrica, riscaldamento e illuminazione) per evitare la c.d. 'povertà energetica'.

10. La legislazione procedurale ed il sistema di regolamentazione *multilevel*: il concerto regolamentare europeo dell'energia

Parallelamente alla legislazione sostanziale di diritto europeo dell'energia, si è andato stratificando, nel tempo, un insieme composito di norme, europee e nazionali, che compone l'attuale legislazione procedurale dell'energia.

Per «legislazione procedurale» dell'energia, s'intende un complesso sistema di regolazione multilivello, nel quale la disciplina sostanziale si pone sullo stesso piano rispetto alla disciplina relativa al coordinamento tra i vari soggetti regolatori.

La creazione del mercato europeo dell'energia viaggia parallelamente all'idea di poter costruire un governo europeo¹¹⁸ di tali mercati, capace di costituire una sintesi tra la regolazione e la concorrenza¹¹⁹.

L'analisi del raccordo tra gli enti regolatori, cui viene demandata la normazione del pertinente livello di regolazione, evidenzia il tentativo di ponderare l'esigenza di garantire l'uniformità del mercato europeo dell'energia, con la salvaguardia del decentramento normativo, ovvero la

¹¹⁸ S. GOZI, *'Il governo dell'Europa'*, Il Mulino, Bologna, 2006.

¹¹⁹ In materia di legislazione procedurale dell'energia vedi: A. ORTIS, 'Verso un Mercato unico dell'energia', in *Rass. Giur. Ener. El.*, pp. 433-439.; M. BONINI, 'L'apertura del mercato nazionale dell'energia elettrica: una nuova tappa nella costruzione di un governo dell'economia comunitario', in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comun.*, 2002, p. 929 e ss.; A. ARGENTATI, 'L'organizzazione comunitaria delle autorità garanti della concorrenza' in *Giorn. Dir. Amm.* 2003, p. 1199 e ss.; K. MARCANTONIO, 'Principio di legalità e concorrenza nel settore energetico: verso la convergenza regolatoria?', in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di) *'Regolazione e concorrenza'*, il Mulino, Bologna, 2000; G. TESAURO, *'Riforma della regolazione e concorrenza: esiste un consenso politico'*, 2003 Intervento al convegno per la Giornata italiana della concorrenza, Roma, 9 dicembre 2003; D. M. NEWBERRY, *'Privatization, Restructuring, and regulation of network utilities'*, Mit, 2001 M. CLARKE, *'Regulation'*, Macmillan Press, 2000; S. CASSESE, *'Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni'*, cit., p. 689 e ss.; S. CASSESE, 'Chi ha paura delle autorità indipendenti?', in *MCR*, 1999, pp. 471-475; N. RANGONE, 'Un nuovo modo di regolare' in *Energia e Comunicazione*, Giuffrè, Milano, 2006; P. LAZZARA, *'Partecipazione e contraddittorio nelle procedure istruttorie davanti all'Autorità per l'Energia'* p. 361 e ss.; S. CASSESE, 'L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/01' in *Rass. Giur. Ener. El.*, Giuffrè, Milano, 2002; Cesare San Mauro, *'Il dibattito sul riordino delle autorità amministrative indipendenti in Italia'*, in *Rass. Giur. Energia El.*, Giuffrè, Milano, pp. 369-399; E. CHITI, *'La disciplina procedurale della regolazione'* in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2004, p. 679 e ss.

tutela dello spazio di manovra normativo ed amministrativo lasciato ai legislatori nazionali nel rispetto del principio di sussidiarietà.

In base alle categorie della legislazione procedurale, il coordinamento tra i soggetti regolatori può essere di tipo orizzontale o verticale, informale o formale.

Il coordinamento orizzontale è la previsione di una piattaforma di discussione tra i vari soggetti regolatori posti al medesimo livello di Autorità di regolazione nazionale; il coordinamento verticale riguarda invece i raccordi tra le Autorità nazionali, enti intermedi e la Commissione europea.

Il coordinamento degli enti regolatori si dice informale quando nasce spontaneamente per iniziativa degli stessi soggetti regolatori, non comportando obblighi specifici di consultazione e rimanendo estraneo al quadro delle istituzioni europee. È formale invece il coordinamento che si origina da decisioni assunte dalle istituzioni europee, creando organismi *ad hoc*, dotati di poteri decisionali e risorse proprie.

In base alle categorie ivi descritte, il grado di rafforzamento della coordinazione regolatoria può andare dalla forma più blanda (orizzontale/informale) alla forma più stringente (verticale/formale).

La prima fase delle direttive di liberalizzazione aveva lo scopo di rompere gli argini dei mercati interni nazionali: in un rapporto di complementarietà necessaria, la normativa europea richiedeva altresì l'istituzione di Autorità nazionali di regolamentazione dei mercati energetici, in grado di sciogliere il nodo gordiano stretto dai governi nazionali intorno alla regolamentazione pubblicistica dei mercati *de quibus*, protetti poiché ritenuti strategici ed essenziali allo sviluppo equilibrato delle singole economie nazionali.

In tale fase, la legislazione procedurale dell'energia si era concentrata in modo particolare sull'aspetto soggettivo di tali Autorità, al precipuo scopo di garantirne l'indipendenza istituzionale rispetto agli interessi ed alle decisioni assunte dagli esecutivi nazionali.

L'accelerazione del processo di liberalizzazione dei mercati energetici impresso dalla seconda fase delle direttive, finalizzato alla creazione di un mercato interno dell'energia, richiedeva invece, sempre sotto il profilo procedurale, il rafforzamento dei meccanismi di salvaguardia e tutela dell'indipendenza funzionale delle Autorità, nonché la previsione di meccanismi di collaborazione orizzontale tra tutte le Autorità nazionali presenti in ciascuno Stato membro¹²⁰.

¹²⁰ Cfr. Articolo 23 n. 1 Direttiva 2003/54/CE 'Autorità di regolamentazione' 1. Gli Stati membri designano uno o più organismi competenti con la funzione di autorità di regolamentazione. Tali autorità sono pienamente indipendenti dagli interessi dell'industria elettrica. Esse hanno quantomeno il compito, mediante l'applicazione del presente articolo, di assicurare la non

In questa prospettiva, la legislazione procedurale del diritto europeo dell'energia ha dato vita ad un « concerto regolamentare »¹²¹ che vede, nel rapporto di coordinamento orizzontale tra le singole autorità nazionali di controllo, un nuovo modello di *governance* decentrata dei mercati, in linea con gli intendimenti di decentramento di cui al regolamento n. 1/2003 nel settore della concorrenza.

Pur tuttavia, l'asimmetricità di tali modelli regolatori nazionali, il retaggio culturale ed amministrativo che tradisce una certa ritrosia nello scambio di informazioni e dati particolarmente sensibili per le singole economie nazionali degli Stati membri, ed infine il basso grado di coordinamento (per lo più attuato a livello orizzontale ed informale tramite i Forum di Firenze e Madrid)¹²² risultavano ancora seri ostacoli al completamento di un vero mercato interno dell'energia.

Consapevole dell'importanza del raccordo tra le Autorità nazionali di regolazione, la Commissione europea con la decisione n.769/2003, aveva deciso di implementare i meccanismi a tutela dell'indipendenza delle Authority previste nelle seconde direttive, istituendo ERGEG (*European Regulators Group for electricity and gas*).

discriminazione, l'effettiva concorrenza e l'efficace funzionamento del mercato [...]» (identica è la disposizione dell' articolo 25 n. 1 Direttiva 2003/55/CE).

Il riferimento all'indipendenza delle Autorità limitatamente agli *'interessi dell'industria'* ha spinto alcuni Autori (vedi G. Della Cananea, *'L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica ed il gas'*, *op. cit.*) a parlare, in riferimento alle Autorità di regolazione dell'energia, di indipendenza relativa, incapace di assurgere al ruolo di terzietà intesa come estraneità a qualsiasi tipo di interesse, pubblico o privato. Tale opinione, sembra avvalorata dalla lettura comparatistica con la simmetrica disposizione di legislazione procedurale comunitaria in materia di telecomunicazione, laddove invece all'articolo 3 delle direttiva 2002/21/CE si parla di indipendenza senza alcuna accezione, per cui estensibile non solo agli interessi industriali, ma anche agli interessi economici, finanziari e politici.

¹²¹ L'espressione è di S. Cassese in *'Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni'*, *cit.*

Il termine, se da un lato serve a delineare il fenomeno del moltiplicarsi di una selva di sigle che identificano forme di associazionismo degli enti regolatori dell'energia (EERF, EGRF, MEDREG, ERRA, ERGEG, ERGEG+, MEDREG, ERRA) sintomatiche dell'inefficienza delle soluzioni proposte, dall'altro è utile a sottolineare come l'elevato grado di complessità della materia regolata stia lentamente facendo transitare la regolamentazione dell'energia (ma discorso analogo vale anche per altri servizi a rete come ad esempio le telecomunicazioni ed i trasporti) dall'arena dei circuiti decisionali della politica a livelli della regolamentazione tecnica.

¹²² I Forum sono delle piattaforme di confronto tra le Autorità di regolazione dei mercati dell'elettricità e del gas che nascono in modo spontaneo ed informale; nel 1998 si costituì a Firenze l'*European Electricity Regulatory Forum*, mentre nel 1999 venne creato a Madrid l'*European Gas Regulatory Forum*. I Forum di Firenze e Madrid sono esempi di coordinamento orizzontale tra le Autorità di regolazione nazionale, il cui scopo è quello di omogeneizzare l'assetto regolamentare attraverso lo scambio di informazioni e *best practises*. Dall'esperienza dei Forum nel 2000 nacque il CEER (*Council of European Energy Regulators*), organo di consulenza tecnica della Commissione nella regolazione energetica con il compito di fornire assistenza in materia di implementazione delle direttive comunitarie relative all'energia.

ERGEG è il Gruppo di regolatori dell'energia che, ai sensi dell'articolo 1 della decisione istitutiva, ha lo scopo di assicurare la coerenza fra gli approcci nazionali di regolamentazione, fornendo alla Commissione consulenza ed assistenza nell'opera di consolidamento del mercato interno dell'energia. ERGEG nasce dalla volontà di strutturare e superare il coordinamento informale avviato dai Forum e dal CEER; in esso, si combinano tuttavia elementi di coordinamento orizzontale (cooperazione con le autorità nazionali di regolamentazione per contribuire all'applicazione coerente delle disposizioni delle direttive comunitarie in materia di energia) ed elementi di coordinamento verticale (relazione di assistenza, consulenza e presentazione di proposte normative in materia di energia alla Commissione)¹²³.

La disomogeneità della legislazione procedurale nell'attività di regolazione dell'energia, combinata all'elasticità delle deroghe previste dalla legislazione sostanziale, aveva esteso le maglie della discrezionalità degli Stati membri nella scelta della propria 'soluzione adattativa',¹²⁴ alle direttive sulle liberalizzazioni dei mercati energetici.

La legislazione procedurale dell'energia è stata dunque oggetto di specifiche indagini e consultazioni pubbliche avviate dalla Commissione nella fase di formulazione della proposta del terzo pacchetto legislativo di liberalizzazione dei mercati energetici dell'elettricità e del gas. Al fine di potenziare il coordinamento tra i vari livelli regolatori dei mercati energetici erano state avanzate tre ipotesi di soluzione, attentamente sottoposte al vaglio della Commissione: la prima riguardava l'istituzione di un'Autorità europea dell'energia come organo verticistico di governo del mercato energetico europeo¹²⁵ (verticale/formale) in sostituzione delle

¹²³ Esistono poi tutta una serie di organismi permanenti che si occupano delle relazioni tra gli enti regolatori europei dell'energia ed enti regolatori che coinvolgono Stati terzi; tra questi, MEDREG (*Mediterranean Working Group on Electricity and Natural Gas Regulation*) organismo permanente per la piattaforma euro mediterranea che realizza rapporti di collaborazione e pianifica gli investimenti nelle reti energetiche tra l'Unione Europea ed i Paesi dell'area nordafricana che si affacciano sul bacino del Mediterraneo, ed ERRA (*Energy Regulators Regional Association*) che invece si occupa dell'area dell'Est Europa.

¹²⁴ Questa espressione è utilizzata da Della Cananea per enfatizzare l'intenzionalità dei legislatori nazionali di sfruttare a proprio vantaggio le asimmetrie normative create dalla legislazione energetica comunitaria; G. DELLA CANANEA, 'L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica ed il gas' in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2004, p. 1387 e ss.

¹²⁵ In questo senso si era espressa di recente una parte della dottrina che ha intravisto nella cooperazione rafforzata in materia energetica un nuovo fondamentale avanzamento nel processo di costituzione materiale dell'Unione europea.

'La creazione di un'Authority europea dell'energia è stata sostenuta da più parti, come soggetto in grado di assicurare un governo al settore dell'energia a livello europeo; essa costituisce un obiettivo da più punti di vista assimilabile alla formazione della Banca centrale europea, per assicurare un buon governo dell'Unione monetaria [...] La BCE è nata per fronteggiare il caos monetario e impedire la conseguente frantumazione del mercato comune. Un'Authority europea

Autorità nazionali. La seconda ipotesi prevedeva un'Autorità di coordinamento formale a livello europeo con più ampi poteri decisionali e tuttavia non sostitutiva delle varie autorità nazionali che rimanevano in vigore seguendo il modello di ERGEG¹²⁶. La terza si limitava a stabilire norme per rafforzare i meccanismi di coordinamento (orizzontale/informale) dei regolatori, secondo il modello già sperimentato nei Forum.

La proposta della Commissione sembra essersi definitivamente orientata verso la seconda soluzione, ovvero la creazione di un'Agenzia europea per l'energia, con poteri decisionali autonomi ed indipendenti. L'istituenda Agenzia non si sostituirà alle Autorità di regolamentazione nazionale, ma ne coordinerà le attività al fine di assicurare l'uniformità e la trasparenza delle decisioni prese nella regolamentazione tecnica¹²⁷.

L'Agenzia europea dell'energia si pone in una linea di continuità evolutiva rispetto alle precedenti esperienze costituite dai Forum di Firenze e Madrid e, soprattutto, rispetto ad ERGEG.

Il punto di discontinuità tra la costituenda Agenzia ed i Forum consiste nel fatto che l'istituzione dell'Agenzia supera il coordinamento orizzontale ed informale presente nei Forum, istituzionalizzando a livello europeo l'attività di monitoraggio e l'elaborazione di standard tecnici minimi¹²⁸.

Rispetto ad ERGEG invece, la proposta Agenzia europea dell'energia risulta dotata di maggiori poteri decisionali in quanto le verrebbe conferito il potere di prendere decisioni vincolanti per i regolatori nazionali e, più in generale, per tutti i soggetti operanti sui mercati dell'elettricità e del gas. Inoltre, l'Agenzia dovrebbe avere la competenza di predisporre un '*Codice europeo della rete*' valido in tutto il mercato europeo dell'energia.

Nell'intenzione della Commissione europea, l'istituzione dell'Agenzia europea per l'energia dovrebbe garantire l'uniformità regolatoria e la trasparenza dei mercati, allo scopo di ridurre l'influenza

dell'energia è necessaria a fronte della crisi del vecchio ordine energetico mondiale e per mantenere unita l'economia europea'. Così, D. VELO, '*La cooperazione rafforzata e l'Unione economica: la politica europea dell'energia*', Giuffrè, Milano, 2007, p. 62 e ss.; D. VELO, '*The European Economic Union: the European Energy Authority*' in *The European Union Review*, 2/05; J. G. LIEBERHERR, '*Pour une Agence Européenne de l'énergie. Traitè constitutionnel, Union Monétaire et Union économique*' in *The European Union Review*, 2/05.

¹²⁶ A tal proposito, per sottolineare la continuità evolutiva di ERGEG, si proponeva di chiamare questa Agenzia con il nome di ERGEG+.

¹²⁷ La proposta Agenzia europea per l'energia rappresenta il più alto comun denominatore della regolazione energetica al livello europeo, con un mandato proprio, risorse proprie e potere decisionale autonomo.

¹²⁸ Il Codice della rete dovrebbe definire un insieme di regole per la gestione tecnica e la predeterminazione dei livelli di congestione della rete.

politica dei governi nazionali nella gestione dei mercati energetici e nella fissazione delle tariffe. L'attenuazione delle influenze politiche è lo strumento attraverso il quale l'Unione cerca di garantire l'attrattività degli investimenti transfrontalieri e l'integrazione dei mercati energetici nazionali per la definitiva realizzazione di un mercato europeo dell'energia.

SEZIONE II – LA CONCORRENZA NEI MERCATI DELL'ENERGIA.

1. Introduzione

La normativa europea (*cf.* Cap. II sez. I) ha inciso in vari modi sulla struttura dei mercati dell'energia: gli obblighi di separazione hanno cercato di disintegrare la forma verticalmente integrata delle società energetiche, con l'effetto di frastagliare la natura monolitica dei mercati, identificando una pluralità di mercati energetici distinti e separati. Inoltre, gli obblighi giuridici di accesso alla rete, i vincoli in materia di interconnessione, nonché l'applicazione della giurisprudenza della Corte ai casi di restrizione alla libera importazione dei prodotti energetici hanno tentato di erodere le barriere nazionali dei mercati verso la creazione di un mercato europeo dell'energia.

Di queste risultanze si deve tener conto nell'analisi del diritto della concorrenza applicata ai mercati dell'energia, limitandosi ad esaminare i profili di specificità in forza del quale l'energia richiede una trattazione peculiare rispetto alla disciplina generale sulla concorrenza. In risposta e reazione alle modifiche regolatorie nei settori di riferimento, le società operanti nei diversi settori del gas, dell'elettricità o del petrolio, hanno inaugurato una fase di alleanze strategiche, fusioni e incorporazioni incrociate che sono state oggetto di numerose decisioni da parte della Commissione e di una serie di pronunce da parte della Corte di Giustizia, in merito alla compatibilità dei comportamenti delle imprese energetiche con la normativa antitrust.

In base alle precedenti esperienze storiche, si può pensare che anche l'imminente adozione di un terzo pacchetto legislativo relativo alla liberalizzazione dei mercati energetici possa aprire una nuova stagione di alleanze strategiche tra le varie società energetiche europee, costringendo la Commissione a monitorare e, se del caso, a sanzionare i casi di violazione della normativa antitrust.

In conformità ad una giurisprudenza consolidata della Corte, nonché alla prassi costante della Commissione in materia di concentrazioni, si procederà ad una trattazione separata dei mercati dell'elettricità e del gas, tenendo conto delle specificità di ciascun settore, ma anche delle reciproche e continue interrelazioni dei due diversi mercati.

2. I mercati dell'energia elettrica e del gas

La nozione di '*mercato rilevante*' è un presupposto necessario all'applicazione del diritto antitrust in quanto pregiudiziale

all'accertamento delle condotte anticoncorrenziali. La delimitazione del mercato rilevante è l'operazione logica che precede la valutazione sulla sussistenza o meno di un potere di mercato di un'impresa che è un elemento costitutivo delle fattispecie antitrust europee.

Com'è noto, la nozione di mercato rilevante si divide in quella di mercato merceologico rilevante e quella di mercato geografico rilevante.

Il 'mercato merceologico rilevante' è quella parte sostanziale del mercato comune in cui i prodotti e/o i servizi sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati. Il criterio distintivo sul mercato merceologico rilevante è la sostituibilità dei prodotti, ragion per cui un mercato del prodotto rilevante può, in taluni casi, essere composto di una serie di prodotti e/o servizi distinti che tuttavia presentano caratteristiche fisiche o tecniche in gran parte simili tali da renderli pienamente intercambiabili¹²⁹.

Il 'mercato geografico rilevante' è l'area in cui le imprese interessate intervengono nell'offerta e nella domanda di beni e di servizi, con condizioni di concorrenza sufficientemente omogenee, tali da identificare il mercato e distinguerlo dai territori vicini, in particolare a motivo delle diverse condizioni di concorrenza. Il criterio distintivo del mercato geografico rilevante è il grado di omogeneità tra le diverse aree geografiche di un mercato merceologico: in questa valutazione occorre tener conto segnatamente della natura e delle caratteristiche dei prodotti o servizi in questione, dell'esistenza di ostacoli all'entrata, di preferenze dei consumatori, nonché dell'esistenza, tra il territorio in oggetto e quelli vicini, di differenze notevoli di parti di mercato delle imprese o di sostanziali differenze di prezzi¹³⁰.

La nozione di mercato rilevante, sia geografico che merceologico, deve essere definita tenendo conto del grado di liberalizzazione esistente nel mercato di riferimento.

¹²⁹ Ai fini della definizione del mercato del prodotto rilevante vengono presi in esame i fattori pertinenti che comprendono tutti gli elementi idonei a spiegare perché determinati prodotti o servizi sono inclusi in un mercato, mentre altri ne sono esclusi; tra i fattori pertinenti, si tiene conto, per esempio, delle condizioni di concorrenza, dei prezzi, dell'elasticità incrociata della domanda rispetto al prezzo, della sostituibilità del prodotto sul lato della domanda ovvero sul versante dell'offerta. Per una definizione normativa di 'mercato del prodotto rilevante' si rinvia alla Sezione VI del Regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, di esecuzione del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese in *GU L 133* del 30.4.2004, pp. 1-39.

¹³⁰ Cfr. Articolo 9 paragrafo 7 del Regolamento comunitario sulle concentrazioni tra imprese (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, in *GU L 24* del 29.1.2004, pp. 1-22.

2.1 Il mercato merceologico rilevante dell'elettricità

Il mercato merceologico rilevante dell'energia elettrica ha due dimensioni: quella relativa alle attività del mercato dell'energia elettrica a monte (*upstream*) e quella relativa alle attività del mercato a valle (*downstream*)¹³¹.

Fanno parte dei mercati dell'elettricità a monte la produzione dell'energia elettrica e la vendita all'ingrosso. Il mercato della generazione dell'elettricità copre le attività di produzione di energia elettrica dalle centrali elettriche, mentre il mercato della vendita all'ingrosso comprende l'attività di importazione fisica dell'elettricità attraverso gli interconnettori.

Rientrano invece nel campo delle attività del mercato a valle la trasmissione ed il trasporto ad alta tensione, la distribuzione, nonché la fornitura di energia elettrica ai clienti finali.

Il mercato della trasmissione ad alta tensione copre il settore relativo al trasporto di energia elettrica su un sistema interconnesso ad altissima tensione e ad alta tensione ai fini della consegna ai clienti finali o ai distributori.¹³² Il mercato della distribuzione è l'area merceologica che comprende il trasporto di energia elettrica su sistemi di distribuzione a media e bassa tensione per le consegne ai clienti, ad esclusione della fornitura ai clienti finali.¹³³

Il mercato della fornitura ai clienti finali è il settore con cui le imprese vendono l'energia elettrica ai clienti, allacciando gli utenti finali alla rete di fornitura perché questi utilizzino l'elettricità per il soddisfacimento dei loro bisogni, quali l'illuminazione, il riscaldamento, il funzionamento di macchine industriali etc. Il mercato della fornitura di energia elettrica è forse quello che più di ogni altro ha subito l'impatto del processo di liberalizzazione. Il mercato della fornitura fino al 1 luglio 2007 era infatti a sua volta suddiviso in altri segmenti, in base alla distinzione tra i clienti idonei (o esigibili) e clienti non idonei (o inesigibili). La ripartizione dei mercati della fornitura si fondava sul dato

¹³¹ I mercati energetici a monte hanno una dimensione internazionale ed il loro funzionamento non dipende solo da interessi economici ma anche da ragioni geopolitiche a causa dell'utilizzo delle risorse energetiche come strumenti di pressione nelle relazioni internazionali; in considerazione di ciò, per la trattazione di tali mercati si rinvia al Capitolo IV relativo alle relazioni esterne del diritto europeo dell'energia, mentre in questo ambito l'analisi si limiterà alle considerazioni di diritto della concorrenza sui mercati energetici a valle.

¹³² Art. 2 n. 3 Direttiva 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2003 che riguarda le regole comuni per il mercato interno dell'elettricità che abroga la direttiva 96/92/CE (JO L 176 del 15.7.2003, p. 37-56).

¹³³ Art. 2 n. 5 Direttiva 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2003 che riguarda le regole comuni per il mercato interno dell'elettricità che abroga la direttiva 96/92/CE (JO L 176 del 15.7.2003, p. 37-56).

quantitativo relativo alla dimensione ed al livello dei consumi dei clienti, (industriali e/o commerciali in opposizione ai clienti domestici ed ai piccoli clienti commerciali), ovvero in base al dato qualitativo relativo alla tipologia della fornitura richiesta, (continua e non interrompibile nel caso dell'approvvigionamento di strutture pubbliche preposte all'assolvimento di servizi pubblici essenziali come scuole ed ospedali, ovvero interrompibile in tutti gli altri casi).

L'autonomia merceologica dei diversi segmenti della fornitura teneva conto del fatto che era possibile introdurre immediatamente regole competitive e concorrenziali più stringenti nel mercato dei clienti idonei, più incline a sottostare ai processi di liberalizzazione a causa del maggiore potere negoziale dei grandi consumatori, nonché della loro capacità di cambiare i fornitori in tempi rapidi; l'introduzione delle regole della concorrenza nel mercato dei clienti non idonei doveva invece avvenire in maniera più graduale, tenendo conto che tale mercato sottostava alle regole del monopolio legale in cui gli aspetti economici sulla concorrenza dei prezzi si combinano con preponderanti ragioni di sicurezza sociale, quali la regolarità e l'accessibilità della fornitura di energia elettrica per il soddisfacimento di servizi pubblici essenziali.

La normativa europea, con l'apertura dal 2007 dei mercati elettrici alla concorrenza anche per i clienti finali ha semplificato ed unificato il mercato della fornitura di energia, senza tuttavia eliminare del tutto le ragioni per le quali sembra plausibile mantenere la distinzione dei due segmenti di mercato dell'elettricità. Da una parte, la distinzione residua ancora per quegli Stati membri (Estonia, Malta, Cipro) che, anche in ragione della ristretta dimensione nazionale del loro mercato elettrico, hanno ottenuto delle deroghe transitorie alla completa apertura dei mercati elettrici della fornitura anche per i clienti finali; dall'altra, la distinzione rimane presente nella prassi della Commissione e dalla Corte di Giustizia. La Commissione, in particolare con riferimento alla decisioni adottate in materia di concentrazione di società dell'energia, continua a fondare la propria analisi concorrenziale sulla distinzione tra fornitura di elettricità ai grandi consumatori di energia (che si allacciano direttamente alla rete), tra fornitura ai consumatori di media dimensione (che prendono energia dai distributori locali) e fornitura alle piccole imprese o ai consumatori domestici.

La Corte di Giustizia conserva la distinzione in merito all'individuazione dei casi di applicazione delle deroghe di cui all'articolo 86, par. 2, CE (ora art. 106, par. 2, TFUE) per controllare che l'attività anticoncorrenziale si limiti allo stretto assolvimento della missione specifica assegnata alle imprese incaricate di adempiere i servizi pubblici. I diversi approcci lasciano impregiudicata la questione relativa alla configurabilità del mercato della fornitura di elettricità alla grande

imprese: questo mercato potrebbe al contempo rientrare nella vendita all'ingrosso, che è un settore a monte della filiera elettrica, ovvero nel mercato a valle della fornitura ai clienti finali¹³⁴. La questione è tutt'altro che scevra di conseguenze pratiche se si tiene conto che propendere per una soluzione piuttosto che per un'altra significa delineare un diverso campo di applicazione della normativa antitrust dell'energia con considerevoli conseguenze fattuali.

È dubbia l'esistenza di un altro segmento di mercato del prodotto rilevante costituito dal commercio di elettricità. Il *trading* di elettricità consiste nell'attività di compravendita di energia fatta da un soggetto (trader) con assunzione del rischio sull'andamento dei consumi di elettricità, per conto di un altro soggetto che si impegna ad acquistare il quantitativo di energia elettrica pattuito per poi provvedere direttamente alla vendita fisica di energia ai consumatori finali¹³⁵.

La qualificazione del trading di elettricità come mercato merceologico autonomo e distinto dell'elettricità è controversa; in favore dell'autonomia vi sono ragioni legate alla competenza specifica degli operatori in tale settore (specialmente nel campo della negoziazione dei derivati finanziari), alle caratteristiche intrinseche di questo tipo di attività basata su contratti di breve o brevissima durata, alla presenza di società finanziarie non necessariamente situate in altri rami della filiera energetica ed infine alla mancanza di rapporti necessari con i consumatori finali¹³⁶.

¹³⁴ L'orientamento della Commissione oscilla tra le due diverse soluzioni, lasciando aperta la questione sul punto.

Cfr. Decisioni della Commissione in Caso COMP/M.2947 - *Verbund/EnergieAllianz*; Caso COMP/M.3868 - *Dong/Elsam/Energi E2*; Caso COMP/M.3696 - *E.ON/MOL* con commento di C. BARTOK, 'A combination of gas release programmes and ownership unbundling as remedy to a problematic energy merger: E.ON / MOL' in *Competition Policy Newsletter* 1/06, pp. 72-83; Caso COMP/M:4180 - *GdF/Suez*.

¹³⁵ Vedi la definizione in Decisione Caso COMP/M.2679 - *EDF/TXU EUROPE/24 SEVEN*, ed in Decisione Caso *Verbund/ Energie Allianz cit.* par. 43-50. Nel mercato del commercio di elettricità la vendita fisica da parte del trader è solo eventuale e non necessaria; il trader può cedere fisicamente l'energia attraverso la vendita all'ingrosso di elettricità, oppure può effettuare la vendita attraverso la cessione di contratti bilaterali (cd. 'OTC', *over the counter*), ovvero ancora tramite il commercio di derivati finanziari (*swap, options, futures*) in cui il trader sulla base dell'assunzione del rischio sull'andamento dei consumi di elettricità si impegna a vendere fisicamente l'elettricità ad un determinato costo in un preciso momento, ma spetta all'acquirente decidere se richiedere la fornitura fisica di elettricità, attraverso l'esercizio dell'opzione, oppure se decidere di commerciare il puro titolo contenuto nella transazione finanziaria.

¹³⁶ In realtà, l'attività di trading dell'elettricità, nella parte in cui tale attività si concretizza esclusivamente nella compravendita di derivati finanziari, come avviene di regola, senza la fornitura fisica di energia ai consumatori finali, potrebbe essere agevolmente ricompresa nel mercato di vendita all'ingrosso di elettricità. È un mercato che merita di essere monitorato con particolare attenzione dalle istituzioni del mercato per l'alto rischio di speculazione finanziaria che si annida nei contratti di trading dell'elettricità.

Controversa è infine la sussistenza di un ulteriore mercato merceologico rilevante nel settore elettrico denominato ‘mercato di bilanciamento’. Il bilanciamento è l’attività che consiste nel mantenimento di un flusso equilibrato di energia nella rete, facendo transitare il flusso di energia in presenza di picchi di domanda attraverso il prelievo di *surplus* energetici inutilizzati in altre parti della rete. In alcune decisioni in materia di concentrazioni di società energetiche, la Commissione si è pronunciata affermando la sussistenza di un mercato di bilanciamento separato e distinto dagli altri segmenti di mercato di prodotti energetici rilevanti, pur limitando la valutazione di mercato autonomo ad alcune realtà specifiche¹³⁷. Non è da escludere che l’apertura dei mercati energetici europei oltre le barriere nazionali, al fine di rendere il mercato europeo dell’energia unico ed integrato, non possa dar luogo ad un mercato europeo di bilanciamento con lo sviluppo di piccole reti intelligenti in grado di affidare alle potenzialità di internet la gestione del servizio di bilanciamento per la condivisione, non solo di grandi impianti di generazione di energia, ma anche di piccoli impianti di generazione in cui l’utente domestico riveste al contempo la qualità di consumatore e di produttore di energia elettrica (sul punto vedi *infra*. capitolo III).

2.2. Il mercato geografico rilevante dell’elettricità

Prima dell’entrata in vigore della normativa europea, i mercati dell’energia elettrica e del gas avevano una dimensione geografica di tipo nazionale se non, in alcuni casi, di tipo regionale. Poche erano infatti le società energetiche in grado di operare oltre i confini del proprio mercato nazionale a causa di numerose barriere all’accesso dei mercati di natura economica, tecnica e normativa. Il processo di liberalizzazione dei mercati energetici ha consentito di avviare un percorso di integrazione dei mercati nazionali con l’introduzione di una serie di obblighi in materia di accesso ai terzi, in materia di separazione delle imprese verticalmente integrate ed infine sul commercio transfrontaliero dell’elettricità. Le stesse società energetiche, ascoltate in seno ai procedimenti per la compatibilità dei progetti di fusione sottoposti al vaglio della Commissione, hanno iniziato a chiedere che venga tenuto conto dei riflessi che il processo di liberalizzazione ha portato sulla definizione del mercato geografico rilevante dell’energia, in modo da allargare i confini dalla dimensione nazionale alla dimensione europea del mercato unico dell’energia e ‘diluire’ il loro potere di mercato. La Commissione

¹³⁷ Cfr. Decisione della Commissione nel caso *E.On/Mol cit.* in riferimento al mercato elettrico in Ungheria.

continua invece a ritenere che, nonostante i progressi portati avanti dalla normativa europea per la creazione di un mercato interno dell'energia, i mercati dell'elettricità e del gas rimangano essenzialmente mercati nazionali. Questo non significa che non vi possano essere, all'interno dell'Unione, mercati energetici che abbiano una dimensione superiore a quella delimitata dai confini geografici nazionali¹³⁸. Né, all'inverso, che non vi possano essere dei mercati locali più piccoli, ma autonomi e distinti, dentro il contesto di taluni mercati nazionali¹³⁹. Al momento, non esiste una definizione generale ed onnicomprensiva di mercato geografico di riferimento dell'energia, quanto piuttosto un approccio analitico, fondato su alcuni indici presuntivi che servono ad analizzare, caso per caso.

Tali indici presuntivi sono la limitata capacità di interconnessione, l'alto differenziale dei prezzi dell'energia tra aree geografiche limitrofe o confinanti, il comportamento dei consumatori nel cambio del fornitore, la disomogeneità del quadro legislativo e regolamentare. Tutti questi elementi costituiscono degli ostacoli per le società storicamente attive nei propri mercati nazionali ad entrare nei mercati degli altri Stati membri, confermando l'impressione che non si possa (ancora) parlare di un mercato europeo dell'energia, quanto piuttosto di una pluralità di mercati energetici nazionali.

L'interconnessione è la capacità tecnica di un sistema di potere essere allacciato con sistemi di produzione dell'energia situati all'esterno dei propri confini nazionali, non necessariamente ad esso confinanti. La capacità di interconnessione consente di poter importare ed esportare l'energia in base alla convenienza sul costo della stessa. In altri termini, se l'energia prodotta all'interno del proprio mercato nazionale ha un costo più alto di quella importata, si può decidere di convogliare la produzione nazionale verso l'esterno attraverso l'esportazione e colmare la domanda di consumo interno con l'energia importata (v. caso *Viking Cable* par. 2.1.6). L'interconnessione determina dunque la fluidità delle

¹³⁸ La Commissione ha affermato in due casi la sussistenza di mercati geografici di riferimento dell'elettricità più ampi dei mercati nazionali nei casi *Verbund/Energie Allianz cit.* e nel caso *COMP/M.3268 - Sydkraft/Grønting*. Nel primo caso, è stata ammessa la possibilità che il mercato della fornitura di energia possa essere esteso anche oltre i confini nazionali dell'Austria grazie all'alta capacità di interconnessione tra la Germania e l'Austria. Nel secondo caso, la Commissione ha considerato che l'omogeneità dei prezzi dell'elettricità, l'alto grado di interconnessione dei sistemi energetici, l'uniformità della regolamentazione, nonché l'esistenza di un comune centro di scambio dell'energia (*NordPool*) possano far ritenere che esista un mercato scandinavo (Danimarca, Svezia, Norvegia) di vendita all'ingrosso dell'energia elettrica.

¹³⁹ È il caso della Germania che ha mercati energetici locali (*cf.* Decisione della Commissione nel caso *COMP/M.1673 - Veba/Viag*). Anche in Italia esistono molti mercati locali dell'elettricità con un alto grado di differenza dei costi dell'energia da Regione a Regione, ed un alto rischio di isolamento energetico a causa delle ridotte capacità di interconnessione della rete elettrica.

importazione e delle esportazioni con un impatto diretto sui prezzi dell'energia all'ingrosso. La capacità di interconnessione può essere influenzata da fattori fisici naturali (la Gran Bretagna ha ridotte capacità di interconnessione a causa della sua natura insulare), da fattori tecnici (la capacità di congestione della rete)¹⁴⁰ ovvero da fattori regolamentari (limiti legislativi alla capacità di utilizzo delle importazioni per il soddisfacimento della domanda interna di energia come avviene in Spagna). In particolare, l'analisi dei fattori regolamentari che possono costituire una restrizione alla libertà di accesso delle società energetiche in mercati diversi da quello di origine, dimostra come siano ancora molte le limitazioni affrontate ma non del tutto rimosse dalle direttive comunitarie. L'esistenza di licenze esclusive di importazione e distribuzione dell'elettricità costituiscono una barriera assoluta all'accesso al mercato da parte delle imprese provenienti da uno Stato membro diverso, in quanto il mercato geografico rilevante viene necessariamente ad essere limitato all'area di estensione della licenza di esclusiva con una forte limitazione del commercio transfrontaliero di energia. L'obbligo di ottenere una licenza di commercio transfrontaliero e l'obbligo di ottenere una licenza di fornitura di energia sono barriere all'ingresso nei mercati nazionali che hanno un effetto restrittivo sulla libera concorrenza dei mercati energetici e sono vietati dal diritto dell'Unione¹⁴¹.

La mancanza di convergenza dei prezzi dell'energia è un ulteriore indice presuntivo usato per dimostrare l'esistenza di un mercato geografico dell'energia a carattere nazionale o locale¹⁴². La fissazione di

¹⁴⁰ Per «congestione» s'intende ai sensi dell'articolo 2 lettera c) del Regolamento 1228/03/CE, la situazione in cui una interconnessione che collega reti di trasmissione nazionali non può soddisfare tutti i flussi fisici derivanti dal commercio internazionale richiesto da soggetti partecipanti al mercato, per insufficienza di capacità della linea di trasmissione che si estende oltre la frontiera, collegando i sistemi nazionali di trasmissione interessati.

Nei casi *E.On/Mol cit.*, *Sydkraft/Gräninge cit.*, *Verbund/Energie Allianz cit.*, *GDF/Suez cit.* e *E.ON/Endesa* (Decisione COMP/M. 4110) la Commissione ha verificato l'insussistenza di mercati geografici di riferimento più ampi dei mercati nazionali valutando come decisivo l'elemento della limitata capacità di interconnessione. Più dettagliatamente, in *E.On/Mol* il problema tecnico della congestione della rete elettrica tra Ungheria, Austria e Slovacchia è stato l'elemento decisivo per valutare l'insussistenza di un mercato energetico più ampio dei confini nazionali dell'Ungheria come era stato richiesto dalla parti. Il grado di congestione della rete elettrica in Belgio ha orientato la Commissione nella decisione sull'insussistenza di un mercato regionale tra Belgio, Olanda e Francia nel caso *GDF/Suez*. In grado di congestione della rete elettrica in Danimarca con la limitata capacità delle importazioni di influenzare il prezzo di costo dell'energia prodotta è alla base della decisione *DONG/Elsam* che aveva come area di riferimento la Danimarca e l'area Scandinava.

¹⁴¹ Vedi Caso *COMP/M.3318- ECS/Sibelga* ed il Caso *E.On/Mol cit.*

¹⁴² Nella Decisione della Commissione relativa al Caso *COMP/M.3340- ENI/EDP/GDP* la differenza dei prezzi dell'elettricità tra la Spagna ed il Portogallo è stata l'elemento dirimente

prezzi minimi e massimi amministrati dell'energia è un ulteriore fattore regolamentare che può costituire un'indebita restrizione della libera concorrenza vietata dal diritto dell'Unione, se non giustificata da imperativi interessi pubblici. In particolare, l'imposizione di prezzi minimi dell'energia può costituire una barriera all'ingresso di nuovi concorrenti, a tutela della posizione di privilegio che hanno i tradizionali operatori di mercato. La presenza di prezzi dell'energia più bassi non determinati in via legislativa o amministrativa, ma dalle dinamiche del mercato (come avviene ad esempio in Francia dove i costi di produzione dell'energia elettrica sono più bassi grazie al massiccio utilizzo della produzione nucleare) non costituisce invece una barriera all'ingresso ma un indice che rivela l'esistenza di un mercato geografico dell'elettricità separato dai mercati energetici limitrofi. L'imposizione di tariffe nazionali all'esportazione di elettricità è un ulteriore classico esempio di indebita restrizione al commercio transfrontaliero di energia. Gli Stati membri imponevano delle tasse agli operatori stranieri che volevano esportare elettricità al fine di agevolare i propri operatori nazionali di energia a detrimento del commercio transfrontaliero (es. era il caso della cd. 'T-component' in Germania)¹⁴³.

Tra le barriere di natura tecnica al commercio transfrontaliero di energia si segnala il problema della congestione della rete¹⁴⁴; in presenza di alti livelli di congestione della rete, la normativa di riferimento consente ai gestori dei sistemi di trasmissione di dare preferenza agli operatori esistenti nel mercato nazionale rispetto agli altri operatori europei. Questa discriminazione costituisce una barriera all'entrata che non consente la creazione di un mercato geografico europeo dell'energia e determina un livello di sottoinvestimenti nelle reti energetiche che causa instabilità ed insicurezza della fornitura di elettricità¹⁴⁵.

assunto dalla Commissione a fondamento della decisione sull'insussistenza di un mercato iberico dell'energia, in quanto esistono (ancora) due mercati energetici distinti e separati in Spagna e Portogallo.

¹⁴³ Questa restrizione è stata rimossa in via legislativa con l'adozione del Regolamento n. 1228/2003 (vedi Cap. II) che istituisce un quadro armonizzato per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica; l'articolo 4 del summenzionato regolamento impone che il corrispettivo dell'accesso alla rete applicato dal gestore debba essere fissato su parametri trasparenti, non discriminatori, senza tener conto della distanza del sistema di trasmissione ed in maniera indipendente dallo Stato di origine o di destinazione dell'energia elettrica.

¹⁴⁴ Il livello di congestione della rete ha assunto un ruolo centrale nell'analisi concorrenziale dei casi di concentrazione notificati alla Commissione, anche in considerazione dell'incremento dei livelli di congestione della rete sulla maggior parte dei territori nazionali di confine (ad eccezione delle giunture tra la Francia e l'Italia, tra la Francia ed il Belgio e tra la Germania e l'Austria).

¹⁴⁵ Per rafforzare la cooperazione e il coordinamento tra i gestori dei sistemi di trasmissione, la proposta di un nuovo regolamento (SEC 2007 (1179) del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1228/2003 relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica prevede che i gestori dei sistemi di trasmissione

Infine, l'analisi del comportamento dei consumatori può rilevare al contempo sia come una barriera all'accesso del mercato energetico, sia come un indice presuntivo della dimensione nazionale dei mercati dell'elettricità. Se i consumatori non cambiano fornitore di energia elettrica, nonostante il beneficio economico che potrebbero trarre dall'offerta economica del nuovo fornitore, questa ritrosia si può prestare a diverse letture interpretative. In termini positivi, può significare che esiste un rapporto di intensa fidelizzazione tra il cliente ed il fornitore storico; in termini negativi, può segnalare che il consumatore teme di subire ritorsioni sulla sicurezza della fornitura di energia in conseguenza dell'abbandono dell'operatore tradizionale. Il mancato cambio del fornitore di energia da parte dei consumatori finali e delle imprese può determinare una barriera all'appetibilità di un mercato da parte dei fornitori di energia provenienti da diversi Stati membri. L'atteggiamento dei consumatori può essere sollecitato aumentando la fiducia dei consumatori (in particolare delle piccole e medie imprese) sulla concorrenzialità dei mercati dell'energia. Il diritto dell'Unione può agire su questo livello introducendo una maggiore trasparenza delle tariffe, garantendo la pubblicità comparativa dei fornitori, ed assicurando una contrattualistica che preveda la difesa dei diritti dei consumatori di energia rispetto a pratiche contrattuali anticoncorrenziali praticate dagli operatori storici.

In conclusione, non esiste una definizione univoca di mercato geografico rilevante dell'elettricità, ma una serie di indici presuntivi elaborati dalla Commissione per verificare se lo scopo di un mercato si estende oltre l'area geografica dei propri confini nazionali. Se esistono alte divergenze di prezzo dell'elettricità tra uno Stato membro e gli Stati ad esso confinanti, una diversa regolamentazione dell'attività dei servizi energetici, un numero limitato di imprese storiche operanti nel proprio mercato nazionale, un numero limitato di imprese straniere, un quantitativo limitato di scambi transfrontalieri, scarse capacità tecniche delle reti ed alti tassi di congestione si può affermare di trovarsi di fronte ad un mercato geografico dell'elettricità dallo scopo nazionale.

Un mercato geografico nazionale costituisce, di per sé, un ostacolo all'integrazione dei mercati energetici; il processo di liberalizzazione dei mercati energetici adottato al livello comunitario ha avuto l'effetto di modificare la nozione di mercato geografico di riferimento spostando la dimensione di mercato dall'ambito regionale all'ambito nazionale, senza

nazionali si riuniscano in una Rete europea dei gestori di trasmissione di rete affinché l'accesso alla rete e la gestione delle congestioni avvenga in conformità a codici, tecnici e commerciali, adottati in maniera uniforme al livello comunitario.

tuttavia riuscire a raggiungere l'obiettivo di creare un mercato unico europeo dell'energia.

2.3. Il mercato merceologico rilevante del gas

Il mercato merceologico del gas è un mercato autonomo e distinto da quello dell'elettricità in quanto non vi è perfetta sostituibilità dei prodotti, né dal lato della domanda, né dal lato dell'offerta.

Questa affermazione di principio tende a perdere validità con il passare del tempo perché la dinamica dei consumi di energia dimostra come il gas sia la fonte energetica con il più rapido tasso di crescita, in particolare riguardo ad una serie di applicazioni domestiche (illuminazione, riscaldamento) ed industriali che lo potranno rendere, nel prossimo futuro, altamente sostituibile con l'elettricità.

Anche i mercati del gas possono essere distinti in mercati a monte (*upstream*) e mercati a valle (*downstream*).¹⁴⁶ Le attività del mercato a monte del gas possono essere suddivise nei mercati merceologici rilevanti dell'esplorazione, dello sviluppo delle riserve e della vendita del gas prodotto o del gas naturale liquefatto (GNL).¹⁴⁷ Le attività del mercato a valle del gas possono, invece, essere suddivise in quattro mercati merceologici rilevanti: la vendita all'ingrosso, lo stoccaggio, il trasporto e la distribuzione, la fornitura ai clienti finali.

La vendita all'ingrosso del gas è il settore merceologico caratterizzato dalle transazioni tra i grossisti ed i rivenditori con esclusione delle forniture di gas ai clienti finali. È controversa l'esistenza di una sottocategoria di mercato costituita dalla fornitura ai grandi consumatori, come uffici pubblici, industrie, centrali elettriche in considerazione delle differenze strutturali dei diversi mercati della fornitura in base alla dimensione del cliente finale, al livello di consumi richiesto, alla qualità della domanda di energia (costante per i grandi consumatori, stagionale per i piccoli consumatori), nonché l'accesso

¹⁴⁶ Vedi *sub* nota 3.

¹⁴⁷ Una ulteriore sottodistinzione è quella che opera un'ulteriore segmentazione del mercato merceologico rilevante del gas naturale in gas ad alto valore calorifico e gas a basso valore calorifico; l'utilità della distinzione risiederebbe nel fatto che il gas, si diversifica per la presenza di azoto inerte richiedendo diverse modalità di trasmissione, trasporto e stoccaggio. La tesi della distinzione merceologico del gas sulla base del potenziale calorifico non viene qui accolta a causa della fungibilità delle applicazioni del gas a basso valore calorifero e ad alto valore calorifero per gli utenti finali. In senso conforme, vedi la decisione della Commissione nel Caso COMP/M.1383 - Exxon/Mobil del 29.9.1999 pubblicata in GU L 103/1 del 7.4.2004; in senso difforme, vedi le decisioni della Commissione nei casi COMP/M. 3080 - ECS/ Intercomunale Iverlek, ECS/Sibelga cit. e GDF/Suez cit.

diretto al sistema di trasmissione da parte delle centrali elettriche e delle grandi industrie.

La più evidente peculiarità del mercato del gas rispetto al mercato dell'elettricità dipende in larga misura dal diverso utilizzo del gas come fonte di calore per gli impieghi domestici ed industriali. Mentre la curva della domanda di elettricità è anelastica e segue un andamento costante, la domanda di gas è più elastica e prevede un picco nei (soli) mesi invernali a causa del massiccio utilizzo del gas a fini di riscaldamento domestico. L'elasticità della domanda si riflette nella necessità di adottare strumenti di flessibilità dell'offerta che consentano una forte erogazione di gas nei picchi stagionali ed un'attività di conservazione del gas nei mesi estivi. Per far fronte alla flessibilità richiesta dalla domanda di gas è stato creato un settore merceologico peculiare nel settore della filiera del gas in *downstream* che prende il nome di stoccaggio e consiste nella compressione del gas e nel suo immagazzinamento nelle reti di trasporto e di distribuzione.

Nel settore del trasporto si discute se sussista un mercato unico ovvero due mercati di trasporto distinti e separati: un mercato di trasporto di lunga distanza che prevede il transito di gas dai paesi importatori, attraverso i paesi di transito fino ai confini nazionali dello Stato membro acquirente, ed un trasporto di media distanza che si occupa del transito di gas dal confine nazionale fino al cliente finale. Il mercato di trasporto a lunga distanza richiede un forte investimento nelle infrastrutture di trasporto per la costruzione e la manutenzione delle *pipelines* (gasdotti a lunga distanza), e si caratterizza per il ricorso ai contratti di lunga durata come strumento negoziale necessario ad ammortizzare i costi di investimento relativi alla costruzione ovvero alla gestione delle reti di trasporto (*cf.* par. 2.3); il mercato di trasporto di breve distanza prevede invece costi più limitati nella gestione della rete di trasporto regionale del gas e si caratterizza per l'impiego di contratti a breve termine.

La distinzione summenzionata solo parzialmente coincide con la distinzione prevista al livello normativo tra l'attività di trasporto e distribuzione: il «trasporto» viene definito dalla direttiva 2003/55/CE come l'attività di transito del gas naturale attraverso una rete di gasdotti ad alta pressione diversa da una rete di gasdotti «*upstream*» (rete utilizzata per trasportare il gas dall'impianto di produzione al terminale di trattamento o al terminale costiero di approdo), ad esclusione della fornitura.¹⁴⁸ La «distribuzione» è l'attività che si estrinseca nel trasporto

¹⁴⁸ Articolo 2 n. 3 della direttiva 2003/55/CE *cit.*

di gas naturale attraverso reti di gasdotti locali o regionali per le consegne ai clienti, ad esclusione della fornitura.¹⁴⁹

La fornitura è il segmento di mercato che attiene alla vendita ai clienti finali di gas naturale, tra cui figura il GNL. Come per l'elettricità anche per il gas l'ulteriore segmentazione del mercato della fornitura fondata sulla distinzione tra clienti idonei (industrie) e non idonei (clienti domestici) è venuta meno ai sensi della normativa comunitaria che ha fissato al 1 luglio 2007 l'apertura dei mercati dell'energia a tutti i consumatori finali, salvo i casi previsti dalle deroghe temporanee richieste da alcuni paesi (es. l'Estonia).

2.4. Il mercato geografico rilevante del gas

L'individuazione del mercato geografico rilevante riprende le caratteristiche merceologiche del mercato del gas. Mentre le attività del gas in *upstream* hanno una dimensione geografica mondiale (al pari di quelle del petrolio),¹⁵⁰ le dimensioni del mercato del gas in *downstream* hanno carattere nazionale se non, in alcuni casi, regionale.¹⁵¹

Anche per il mercato geografico del gas valgono i medesimi indici presuntivi e le medesime conclusioni (*cf.* in questo capitolo, par. 1.3) valide sul mercato geografico dell'elettricità, per cui si può affermare che esistono tanti mercati geografici del gas quanti sono gli Stati membri dell'Unione europea, nonostante lo scopo finale del processo di liberalizzazione fosse quello di creare un mercato unico europeo del gas. Le divergenze di analisi dipendono invece da alcune caratteristiche peculiari del gas: mentre nel mercato dell'elettricità la dimensione nazionale del mercato di riferimento è l'effetto combinato di ragioni naturali, tecniche e regolamentari idonee a limitare la capacità di integrazione dei mercati nazionali, nel mercato del gas le più importanti barriere alla creazione del mercato unico del gas sono dettate soprattutto da limiti negoziali piuttosto che da limiti fisici e naturali. Se si assume come indice presuntivo dell'esistenza di un mercato di scopo nazionale la limitata capacità di interconnessione delle reti, si può vedere come nel mercato dell'elettricità la scarsa interconnessione crea una forte intensità di congestione tra le giunture della rete elettrica, con l'effetto di restringere il volume degli scambi transfrontalieri ed il rischio di

¹⁴⁹ Articolo 2 n. 5 *ibid.* Le attività di esplorazione, raffinazione e commercio di LNG hanno una dimensione globale e riguardano in particolare i mercati della Russia e dell'Algeria che sono i maggiori produttori al mondo di gas, nonché i paesi che detengono l'88% delle riserve mondiali di gas.

¹⁵⁰ Vedi la decisione *E.On/Mol cit.* ai par. 131-133.

¹⁵¹ Hanno dimensione locale i mercati a valle del gas in Germania, Belgio, Italia e Portogallo. Vedi decisione della Commissione nel caso COMP/M.2822 – *EnBW/ENI/GVS* del 17.12.2002.

discriminazioni operate dai sistemi di trasmissione in favore degli operatori nazionali. Nel gas, invece, le *pipelines* garantirebbero un'alta capacità di trasmissione del gas e un alto volume di scambi transfrontalieri di gas. Tuttavia, la capacità di trasmissione del gas attraverso i gasdotti a lunga distanza è fortemente limitata dalla presenza di contratti di trasporto e fornitura di lunga durata tra le società dei paesi produttori di gas (es. Gazprom e Sonatrach) e le società di distribuzione nazionale del gas (es. ENI, GDF) che determinano una barriera di ingresso al mercato della distribuzione da parte di concorrenti, pur giustificandosi con motivi imperativi di garanzia della sicurezza degli approvvigionamenti.

Così, perché la creazione del mercato unico del gas possa avere effetto occorre aspettare la naturale scadenza dei contratti di fornitura di lunga durata (in media 25-30 anni) e dunque vi sono tempi ed attese maggiori per i clienti finali del gas che vogliono cambiare fornitori rispetto a quelli che si presumono per la creazione di un mercato elettrico interconnesso.

3. L'articolo 101 TFUE nel settore dell'energia

La normativa antitrust (artt. 101-109 TFUE) si applicano alle imprese energetiche europee senza che sia necessaria l'adozione di norme speciali. Il diritto della concorrenza è sufficientemente generale ed astratto perché le fattispecie previste possano rientrare nel campo di applicazione dei mercati energetici, adattandosi e modellandosi alle specificità dei singoli mercati dell'elettricità e del gas. Le nozioni di impresa¹⁵², accordo¹⁵³, pratica concordata¹⁵⁴, pregiudizio al commercio¹⁵⁵

¹⁵² Com'è noto, la nozione di «impresa» è una nozione autonoma di diritto dell'Unione che ricomprende qualsiasi persona fisica o giuridica che svolga un'attività economicamente rilevante, ivi compreso l'esercizio di una professione liberale, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento (*ex multis*, v. Sentenza 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner e Elser* in *Racc.* pag. I-1979, punto 21 e Sentenza 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany* in *Racc.* pag. I-5751).

¹⁵³ Per «accordo» s' intende la comune volontà delle parti di comportarsi in un determinato modo all'interno del mercato rilevante, avendo come oggetto o come effetto la prevenzione, la distorsione, o la restrizione della concorrenza (v. sentenza 20 giugno 1978, in C-28/77 *Tepea* in *Racc.* p.1391). Secondo una costante giurisprudenza della Corte, la comune volontà delle parti può essere manifestata in qualunque forma, privilegiando la sostanza sulla forma (*ex multis*, v. sentenza 12 luglio 1979, C-32/78, *BMW* in *Racc.* 2435).

¹⁵⁴ Per «pratica concordata» s'intende la forma di coordinamento dell'attività di impresa che indica un parallelismo di comportamenti, ovvero una consapevole collaborazione, che non rientri nell'ipotesi di accordo. L'impresa che venga accusata di aver preso parte ad una riunione illecita deve dimostrare la propria non appartenenza alla pratica concordata con l'istituto della 'dissociazione formale dal contenuto della riunione illecita'. Secondo una giurisprudenza consolidata, dal momento che un'impresa partecipa, anche non attivamente, a riunioni tra imprese

costituiscono dunque il patrimonio concettuale che può essere perfettamente traslato al campo di applicazione dell'energia. Quello che cambia è invece il modo operativo in cui si verificano più comunemente nella prassi le restrizioni della concorrenza nei mercati energetici, nonché l'approccio con il quale le istituzioni comunitarie, *in primis* la Commissione, hanno inteso denunciare le violazioni del diritto dell'Unione. Fino ai primi anni '90 erano decisamente rari i casi di violazione del diritto dell'Unione della concorrenza applicati ai mercati dell'energia. Questo non perché non vi fossero palesi casi di restrizione della libera concorrenza, ma perché le istituzioni comunitarie avevano adottato una politica di indulgenza nei confronti delle imprese energetiche, accettando la composizione amichevole (*settlements*) dei casi controversi piuttosto che aprire contenziosi giurisdizionali. L'effetto combinato delle normative europee sulla liberalizzazione dei mercati energetici (direttive del '96 e direttive di accelerazione del '03) e della nuova normativa comunitaria sulla concorrenza (regolamento n. 1/2003, regolamento n. 139/2004/CE) hanno apportato cambiamenti sostanziali alla materia. Il processo di liberalizzazione dei mercati dell'energia ha mutato la politica di concorrenza della Commissione in senso più attivo, con l'avvio di numerose indagini, in particolare in materia di concentrazione, concluse con decisioni dichiarative dell'incompatibilità con il diritto antitrust comunitario di numerose tipologie di accordi in materia di energia.

aventi un fine anticoncorrenziale e non prende pubblicamente le distanze dal contenuto di queste, inducendo gli altri partecipanti a ritenere che essa approva il risultato delle riunioni e che vi si atterrà, si può considerare accertato che tale impresa partecipa all'intesa risultante dalle dette riunioni (v. sentenze del Tribunale 17 dicembre 1991, causa T-7/89, *Hercules Chemicals/Commissione*, Racc. pag. II-1711, punto 232; 10 marzo 1992, causa T-12/89, *Solvay/Commissione*, Racc. pag. II-907, punto 98, e 6 aprile 1995, causa T-141/89, *Tréfileurope/Commissione*, Racc. pag. II-791, punti 85 e 86).

¹⁵⁵ Il «pregiudizio al commercio tra gli Stati» ricorre quando si può prevedere con un sufficiente grado di probabilità, in base ad un insieme di elementi oggettivi, di fatto e di diritto, che un accordo sia idoneo ad incidere, direttamente o indirettamente, effettivamente o potenzialmente, sulle correnti commerciali tra gli Stati membri (*ex multis*, v. sentenza del 9 luglio 1969, in causa C- 5/69, *Völk* in Racc. pag. 296, punto 5; sentenza 10 luglio 1980, in causa C-99/79, *Lancôme e Cosparfrance* in Racc. pag. 2511, punto 23, e sentenza 11 luglio 1985, in causa C-42/84, *Remia et al. c. Commissione* in Racc. pag. 2545, punto 22). Non bisogna pensare che il requisito del pregiudizio al commercio interstatale sia esclusa automaticamente allorquando all'accordo partecipino soltanto imprese di un singolo Stato membro. La Corte ha infatti più volte ricordato che un'intesa che si estenda a tutto il territorio di uno Stato membro ha, per sua natura, l'effetto di consolidare la compartimentazione dei mercati a livello nazionale, ostacolando così l'integrazione economica voluta dal Trattato e restringendo dunque il commercio interstatale (in tal senso, v. la sentenza 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters* in Racc. pag. I-1577, punto 95 e la giurisprudenza ivi citata).

Venendo dunque all'applicazione specifica dell'articolo 101 TFUE (già art. 81 CE) nel campo dell'energia¹⁵⁶, si tratta di analizzare, alla luce delle più importanti decisioni della Commissione in materia di concentrazione e delle pronunce della Corte di Giustizia, quali siano stati i casi principali di violazione dell'articolo 101 TFUE nel settore dell'energia, distinguendo tra gli accordi orizzontali e gli accordi verticali.

3.1. Le restrizioni orizzontali

Premessi brevi cenni sulla cooperazione orizzontale, nonché sulla disciplina del quadro giuridico che esiste al livello comunitario in materia di accordi di cooperazione, l'analisi si limita a fornire la normativa di riferimento per le forme più comuni di cooperazione orizzontale nel settore energetico alla luce della prassi applicativa fornita in materia dalla Commissione e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale.

Una cooperazione è di «natura orizzontale» quando forma l'oggetto di un accordo o di pratiche concordate che intervengono tra imprese che si situano allo stesso livello del mercato. Gli accordi orizzontali sono dunque intese stipulate da imprese che operano nel medesimo mercato merceologico e/o geografico. Gli accordi orizzontali non hanno una natura, di per sé, anticoncorrenziale; la globalizzazione dei mercati fa sì che le imprese, per fronteggiare la pressione della concorrenza, possano decidere di condividere i rischi e mettere insieme il proprio *know-how* aziendale al fine di adeguare la propria struttura societaria al dinamismo dei mercati internazionali, creando sviluppo ed innovazione con un effetto positivo per il mercato europeo. All'inverso, i vantaggi economici della cooperazione orizzontale possono essere controbilanciati dagli effetti restrittivi della concorrenza che derivano, in particolare, dagli

¹⁵⁶ Com'è noto, l'articolo 81 CE, paragrafo 1, vieta tutte le intese che possano pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune. La *ratio* della norma è quella di assicurare che ciascuna impresa sul mercato determini in maniera indipendente dalle altre imprese, le proprie strategie e la propria condotta sul mercato. Per l'applicabilità dell'articolo 81 CE è necessario che vengano soddisfatte cumulativamente quattro condizioni: occorre che vi siano delle imprese, che concludano tra di loro un accordo, una pratica concordata o una decisione di associazione, che abbia per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza, comportando un pregiudizio al commercio degli Stati membri. L'articolo 81 CE, paragrafo 1, lettera a) – d) contiene una elencazione esemplificativa ma non tassativa delle pratiche vietate laddove il paragrafo 2, stabilisce la sanzione della nullità di pieno diritto per le pratiche vietate. Infine, l'articolo 81 CE, paragrafo 3, introduce un regime di eccezioni, che rende lecita ogni intesa o pratica concordata, nel rispetto cumulativo di alcune condizioni che prevedono un bilanciamento tra gli effetti restrittivi e gli effetti positivi che l'accordo può generare.

accordi orizzontali stipulati tra imprese che sono tra di loro concorrenti, in atto o in potenza. L'articolo 101 TFUE, ed i relativi regolamenti di attuazione¹⁵⁷, forniscono il quadro giuridico per una valutazione equilibrata degli accordi di cooperazione orizzontale che tenga in debito conto sia gli effetti anticoncorrenziali, sia i vantaggi economici della cooperazione orizzontale. Il principale discrimine tra gli accordi di cooperazione orizzontale pro-concorrenziali e quelli anti-concorrenziale dipende dalla situazione soggettiva delle imprese che partecipano alla cooperazione in qualità di concorrenti.

Circoscrivendo dunque l'analisi alle fattispecie di accordi che determinano i maggiori problemi nell'ambito della concorrenza, ovvero gli accordi di cooperazione orizzontale tra concorrenti, ai fini della normativa comunitaria si intendono per «concorrenti» sia i concorrenti effettivi che quelli potenziali. La differenza tra la nozione di concorrente attuale e potenziale dipende dalla valutazione economica sul diverso grado di tempi e di investimenti necessari ad un'impresa per entrare nel mercato della controparte dell'accordo. Nel primo caso, si può avere un accordo tra imprese concorrenti, quando due imprese già operano nello stesso mercato geografico e/o merceologico; nel secondo, la potenzialità della concorrenza va analizzata tenendo conto della capacità di un'impresa di poter entrare in concorrenza con la controparte dell'accordo, modificando in breve tempo la propria produzione merceologica, senza incrementare in maniera significativa i propri costi addizionali di produzione.

Dal punto di vista della tipologia della cooperazione orizzontale, possono sussistere vari modelli di accordo orizzontale a seconda della fase dell'attività di impresa interessata dall'intesa. Così, l'accordo di cooperazione orizzontale in materia di ricerca e sviluppo è quello in cui due imprese concorrenti, situate sullo stesso livello di mercato, svolgono in comune un'attività di R&S, al fine di condividere i costi ed arrivare a lancio comune di un'innovazione sul mercato, come un prodotto nuovo, ovvero un processo produttivo di un prodotto già esistente¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Il regolamento di esenzione per categorie di accordi di R&S e quello per categorie di accordi di specializzazione, sono adesso integrati nella Comunicazione della Commissione 'Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale' (2001/C 3/02) in GU C.E. 6/1/01.

¹⁵⁸ Se le attività di R&S sono finalizzate allo sviluppo di un prodotto (o di una tecnologia) completamente nuovo che darà origine ad un proprio mercato, sono relativamente improbabili gli effetti restrittivi della concorrenza sui prezzi e sulla produzione nei mercati preesistenti. Tuttavia anche la cooperazione in materia di R&S può produrre effetti negativi sulla concorrenza quando i partecipanti alla cooperazione detengono un significativo potere nei mercati di riferimento. In tal caso, può accadere che un accordo di cooperazione orizzontale tra concorrenti in materia di R&S possa restringere la concorrenza nel settore dell'innovazione, attraverso il coordinamento del

Un accordo di produzione prevede invece lo svolgimento in comune dell'attività produttiva al fine di condividere i costi totali di produzione di un determinato prodotto o di una determinata quantità di prodotto¹⁵⁹. Un ulteriore esempio di accordi di cooperazione orizzontale è costituito dall'accordo per l'acquisto in comune dei prodotti; tali accordi d'acquisto risultano particolarmente vantaggiosi per le piccole e medie imprese che attraverso la cooperazione riescono a conseguire volumi e sconti simili a quelli dei loro concorrenti di dimensione maggiore¹⁶⁰.

L'ultima tipologia di accordi orizzontali riguarda gli accordi di commercializzazione che costituiscono forme di cooperazione tra concorrenti nella vendita, distribuzione o promozione dei rispettivi prodotti¹⁶¹. Vi possono essere poi accordi globali che determinano una combinazione di varie fasi di cooperazione; in questo caso, si tratta di individuare il centro di gravità della cooperazione avendo riguardo sia al punto di partenza della cooperazione, ovvero quale dei settori è stato determinante per il consenso alla stipula dell'accordo, sia il grado di integrazione il grado d'integrazione (totale o parziale) delle varie funzioni che vengono messe in comune attraverso l'accordo.

Ai sensi della disciplina antitrust, gli accordi orizzontali possono dunque costituire delle intese vietate dall'articolo 101 TFUE specialmente quando sono stipulate da imprese che sono in atto o in potenza, concorrenti nello stesso mercato. Gli accordi orizzontali qualora integrino gli estremi dell'articolo 101, par. 1, TFUE possono comunque risultare giustificati dall'articolo 101, par. 3, TFUE. Tuttavia, esistono degli accordi orizzontali che costituiscono delle 'hardcore restrictions' su cui vige una presunzione *iuris et de iure* di incompatibilità per cui tali

comportamento delle parti sui mercati preesistenti, ovvero attraverso la restrizione nell'accesso ai mercati all'atto dello sfruttamento dei risultati eventuali dell'attività di ricerca e sviluppo.

¹⁵⁹ Si distinguono tre categorie di accordi di produzione: gli accordi di produzione in comune, in cui le parti convengono di produrre determinati prodotti congiuntamente; gli accordi di specializzazione (unilaterale o reciproca), in cui le parti decidono unilateralmente o reciprocamente di cessare la produzione di un prodotto e di acquistarlo dall'altra parte; gli accordi di subfornitura in cui una parte detta «committente» affida la produzione di un prodotto ad un'altra detta «subfornitore». Sebbene gli accordi di produzione siano generalmente accordi di cooperazione verticale, tuttavia gli accordi di subfornitura tra concorrenti sono tipici accordi orizzontali e meritano di essere menzionati in questa sede.

¹⁶⁰ L'acquisto in comune può essere effettuato da un'impresa che è sotto controllo congiunto, da un'impresa nella quale varie società detengono una partecipazione, oppure mediante un accordo di natura contrattuale. Di regola, gli accordi d'acquisto hanno un effetto favorevole sulla concorrenza perché consentono la sopravvivenza nel mercato delle piccole e medie imprese. Per le loro caratteristiche, tali accordi sono trascurabili nei mercati energetici.

¹⁶¹ Gli accordi di commercializzazione tra concorrenti possono invece essere particolarmente dannosi per la concorrenza in quanto possono condurre alla fissazione dei prezzi attraverso il coordinamento della politica dei prezzi di produttori tra loro in concorrenza o una ripartizione dei mercati. Per le loro caratteristiche tali accordi sono molto frequenti nei mercati energetici.

accordi non possono essere suscettibili di giustificazione ai sensi dell'articolo 101, par. 3, TFUE (c.d. *efficiency defence mechanism*).

3.1.1. I cartelli

Nel campo dell'energia, il classico esempio di accordi orizzontali idonei a restringere la concorrenza è costituito dai «*cartelli*»; i cartelli sono accordi o pratiche concordate tra imprese concorrenti che hanno lo scopo di fissare un prezzo (cartelli sul prezzo), limitare la produzione di un determinato prodotto (cartelli sulla produzione), o segmentare un mercato e/o i relativi consumatori (cartelli di ripartizione del mercato e/o dei consumatori).¹⁶²

Può sembrare paradossale che nonostante molti casi di scuola dei cartelli riguardino i mercati dell'energia, raramente le norme sulla concorrenza hanno sanzionato tali comportamenti nei mercati energetici. Ciò è spiegabile attraverso tre ordini di motivi: in primo luogo, un difetto di imputabilità soggettiva della normativa antitrust; in secondo luogo, un problema di difficile assolvimento dell'onere probatorio che, se è vero in generale per tutti i tipi di cartelli, risulta tuttavia particolarmente gravoso nei settori energetici a causa dell'alto grado di complessità dei mercati *de quibus*; infine, per un atteggiamento di iniziale indulgenza attuato dalla Commissione (c.d. '*leniency policy*') nei confronti di questo tipo di illeciti antitrust prima del repentino cambio di atteggiamento intervenuto nel 2002.

Sotto il profilo dell'imputabilità soggettiva, è utile sottolineare come benché le decisioni dell'OPEC possano costituire dei cartelli sul prezzo del petrolio o sulla produzione del greggio, non possono rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 101 TFUE poiché sono atti imputabili alla sovranità statale dei Paesi produttori di greggio e non decisione di imprese.

Come affermato dalla Commissione nella decisione *Exxon/Mobil*¹⁶³, i produttori OPEC hanno un notevole potere di mercato nella produzione di greggio (controllando il 40% della produzione e detenendo il 75% delle riserve mondiali) e le loro decisioni possono influenzare sensibilmente i prezzi del petrolio greggio;¹⁶⁴ tuttavia la

¹⁶² Utilizzando la precedente griglia concettuale degli accordi orizzontali di cooperazione, mentre i cartelli sulla produzione sono accordi di produzione, i cartelli sul prezzo e quelli di ripartizione sono accordi di commercializzazione.

¹⁶³ Si rinvia alla Decisione della Commissione del 29 settembre 1999, Caso *Exxon/Mobil cit.*, con particolare riguardo ai paragrafi 20 e 28.

¹⁶⁴ Più di recente, gli analisti dei mercati energetici sottolineano come l'incidenza delle decisioni dell'OPEC sui prezzi del petrolio tenda ad essere sempre meno rilevante rispetto al passato, anche

normativa sulla concorrenza non è applicabile alle decisioni dei produttori di proprietà statale per difetto di imputabilità soggettiva.

Analogamente, si discute se, laddove venisse creata un'organizzazione omologa all'OPEC nel campo del gas, la normativa comunitaria sarebbe o meno applicabile ad imprese come Gazprom (Russia) e Sonatrach (Algeria) che detengono rispettivamente il 17% e l'11% delle vendite di gas naturale in Europa e rappresentano l'88% delle riserve mondiali di gas naturale. L'applicabilità o meno dipenderebbe infatti dalla qualificazione del potere di proprietà e controllo che lo Stato effettivamente esercita, ovvero potrebbe esercitare, sulle attività economiche di queste multinazionali del gas.

Il principale problema in materia di cartelli riguarda l'onere della prova, in quanto non basta dimostrare che due o più imprese concorrenti nel medesimo momento abbiano deciso di ridurre la produzione o alzare il prezzo di un bene, ma occorre dimostrare che la riduzione della produzione o l'innalzamento del prezzo sia stato l'effetto di una pratica collusiva ovvero di una strategia parallela consapevole che dimostri l'accordo tacito tra le imprese concorrenti.

3.1.2. *Gli accordi taciti e le strategie parallele consapevoli*

In riferimento all'onere della prova che incombe sulla Commissione nel disvelare l'accordo tacito tra imprese concorrenti nei mercati energetici, i casi più rilevanti riguardano la vendita dei prezzi dell'elettricità all'ingrosso tra Inghilterra e Galles ed il caso sulla vendita delle tubature d'acciaio per la costruzione dei gasdotti.

Il caso della vendita dell'elettricità all'ingrosso tra Inghilterra e Galles¹⁶⁵ è particolarmente interessante perché dimostra come un valore per il mercato, ovvero la trasparenza dei prezzi, possa talora costituire un indice presuntivo dell'esistenza di una «*strategia parallela consapevole*» finalizzato alla conclusione di un accordo tacito di commercializzazione.

Nel caso di specie, la trasparenza dei prezzi era sostenuta in modo artificiale dalle società elettriche al fine di permettere loro di adottare una strategia parallela consapevole, basata sull'andamento dei prezzi di mercato, con un effetto analogo ad un cartello sui prezzi dell'elettricità all'ingrosso.

a seguito dell'emersione di interessi finanziari sui prodotti energetici svincolati da considerazioni di politica industriale e sempre più legati ad interessi puramente speculativi.

¹⁶⁵ In riferimento al caso di specie si rinvia a L. KJØLBYE, 'Horizontal Agreements' in *EU Energy Law Vol. II, cit.*, p. 155 e ss.

Il caso 'Tubi d'acciaio senza saldatura'¹⁶⁶ consente di illustrare una pratica collusiva su un accordo orizzontale relativo alla costruzione delle condutture per il trasporto di petrolio e gas liquefatto. Con la decisione 2003/382/CE relativa ad un procedimento d'applicazione dell'articolo 81 CE (ora art. 101 TFUE), la Commissione ha condannato 8 imprese produttrici di tubi di acciaio senza saldatura, utilizzati in particolare dall'industria petrolifera e del gas per la fabbricazione delle *pipelines*, per avere concluso un accordo tacito di commercializzazione al fine di creare un «club Europa-Giappone» che prevedeva, in particolare, la reciproca protezione dei rispettivi mercati nazionali¹⁶⁷. Le imprese destinatarie della summenzionata decisione avevano proposto impugnazione davanti al Tribunale¹⁶⁸ ed in sede di appello davanti alla Corte di Giustizia: entrambi i gradi di giudizio hanno confermato nel loro complesso le risultanze delle indagini svolte dalla Commissione¹⁶⁹.

La casistica in materia di concentrazione ha dato modo alla Commissione di prendere posizione sulla maggior parte dei casi di cooperazione energetica orizzontale attraverso decisioni che hanno stabilito, di volta in volta, la compatibilità ovvero l'incompatibilità degli accordi di cooperazione orizzontale nei mercati energetici, con particolare riguardo agli accordi di commercializzazione individuale (*GFU*) e collettiva (*Corrib* e *DUC-DONG*), agli accordi sulla produzione (*Synergen*), agli accordi sulla distribuzione (*EDF-EnBW*) e sulle infrastrutture (*Belgium Interconnector* e *Viking cable*).

¹⁶⁶ Decisione della Commissione nel *Caso IV/E-1/35.860-B* in GU 2003, L 140, pag. 1.

¹⁶⁷ In base all'accordo, ogni impresa si impegnava a non vendere tubi OCTG standard e *linepipe* «project» nel mercato nazionale della controparte negoziale, creando di fatto un «club Europa-Giappone» alimentato da continue riunioni segrete tra i produttori comunitari e quelli giapponesi dal 1977 fino al 1995. L'accordo prevedeva in particolare una serie di misure restrittive tra cui la protezione dei mercati nazionali, la fissazione dei prezzi per le gare d'appalto e la ripartizione dei mercati mondiali di fabbricazione dei prodotti in questione.

¹⁶⁸ Sentenza del Tribunale di primo grado 8 luglio 2004, in cause riunite *T-67/00, T-68/00, T-71/00 e T-78/00, JFE Engineering e a./Commissione* in *Racc.* 2001, pag. II-2501.

¹⁶⁹ Sentenza della Corte di Giustizia del 25 Gennaio 2007 emessa nei procedimenti riunioni C-403/04 P e C-405/04 P, *Sumimoto, Nippon Steel et altri c. Commissione* in *Racc.* 2007 pag. I-00729. La Corte ha dichiarato la sussistenza di un accordo globale di cooperazione orizzontale in violazione dell'articolo 81 CE, stipulato tra 11 gruppi di impresa nel settore degli strumenti di isolamento gassoso e perpetuato per 16 anni dal 1988 al 2004, confermando la sanzione pecuniaria di 750 milioni di euro inflitta dalla Commissione nei confronti delle società interessate. Le società condannate avevano creato un accordo tacito con lo scopo di scambiarsi informazioni commerciali sensibili al fine di separare i mercati europei ed i mercati nipponici, nonché di creare un cartello sul prezzo del servizio di isolamento reso.

3.1.3. Accordi orizzontali di commercializzazione

Il *leading case* in materia di accordo orizzontale di commercializzazione dei prodotti energetici è il *caso GFU*¹⁷⁰ che riguarda la vendita collettiva di gas naturale in Norvegia attraverso il GFU (Comitato di negoziazione unico) in qualità di venditore unico ed obbligatorio ai sensi di un decreto del governo norvegese. Il compito principale del GFU era quello di negoziare i termini dei contratti di fornitura con gli acquirenti europei a nome e per conto di tutti i 30 produttori norvegesi di gas e, in particolare, dei due maggiori produttori, Statoil e Norsk Hydro che figuravano altresì come membri permanenti del GFU.¹⁷¹ Il caso sulla vendita collettiva di gas norvegese è stato chiuso a seguito dell'accoglimento da parte della Commissione della proposta di Statoil e Norsk Hydro di modificare il contenuto essenziale dell'accordo. Più in particolare, il nuovo regime negoziale prevede l'attività di commercializzazione e vendita del gas naturale su base individuale (e non più collettiva); l'accordo prevede anche l'accantonamento di un ingente volume di gas da destinare ai nuovi clienti allo scopo di aprire il mercato con nuovi rapporti di fornitura per i grandi clienti industriali, i produttori di elettricità e le nuove società commerciali.

Il *Caso Corrib*¹⁷² ed il *Caso DUC*¹⁷³ sono ulteriori esempi di accordo di cooperazione orizzontale sulla commercializzazione collettiva nel settore del gas. Il primo caso riguardava la richiesta di alcune imprese di ottenere l'autorizzazione da parte della Commissione a produrre e vendere collettivamente il gas sul mercato irlandese dopo avere scoperto un giacimento di gas. La richiesta delle quattro imprese veniva invocata per giustificare il recupero dei costi di investimento impiegati per l'esplorazione del giacimento di gas in Irlanda ed equilibrare il potere di mercato del tradizionale operatore irlandese nella distribuzione del gas.

¹⁷⁰ In riferimento al *caso GFU* vedi il commento di M. LINDROOS, 'Liberalisation of European Gas Markets - Commission settles GFU case with Norwegian gas producers' in *Competition policy Newsletter* 3/02, pp. 50-52; V. le Comunicazioni della Commissione IP/01/830 del 13.06.2001, IP/01/1170 del 02.08.2001 e IP/02/1084 del 17.07.2002; V. P. D. CAMERON (a cura di), *Legal aspects of EU energy regulation : implementing the new directives on electricity and gas across Europe*, Oxford university press, Oxford, 2005, p. 305 e ss.; L. KJØLBYE, 'Horizontal Agreements' in *cit.*, pp. 161-164.

¹⁷¹ Per considerare l'importanza del caso nel mercato della fornitura del gas bisogna tenere in debito conto che la Norvegia è il terzo maggiore esportatore di gas in Europa dopo l'Algeria e la Russia e che la fornitura di gas norvegese soddisfa circa il 10% della domanda europea di gas.

¹⁷² V. Comunicazione della Commissione IP/01/578 del 20.04.2001.

¹⁷³ V. Comunicazione della Commissione IP/03/566 del 24.04.2003. Per un'analisi dettagliata del caso si rinvia a D. SCHNICHEL, F. VALLI, 'Vertical and horizontal restraints in the European gas sector – lessons learnt from the DONG/DUC case' in *Competition policy newsletter* 2/03, pp. 60-63.

La richiesta è stata revocata a seguito della rifiuto da parte della Commissione di concedere l'autorizzazione alla vendita collettiva per l'effetto restrittivo che tale autorizzazione avrebbe avuto sulla libertà dei clienti di scegliere il fornitore di energia.

Il *Caso DUC* riguardava invece un'indagine svolta dalla Commissione a carico dei membri del *Danish Underground Consortium* (DUC) su un accordo di commercializzazione in comune del gas nel Mare del Nord¹⁷⁴. In base ad una serie di accordi di vendita, i membri del DUC vendevano a DONG (società in posizione dominante nella fornitura del gas in Danimarca) il gas necessario per soddisfare l'intero fabbisogno danese e fornire i volumi supplementari alla Svezia ed alla Norvegia.

In applicazione del precedente GFU, il caso si è concluso da un lato, con l'impegno dei principali produttori di gas naturale in Danimarca di commercializzare il gas separatamente, anziché collettivamente attraverso il consorzio DUC, e dall'altro, con la perdita da parte della società DONG del diritto di priorità di acquisto sulla produzione di gas del consorzio. L'accordo di commercializzazione in comune è risultato essere restrittivo della concorrenza in violazione dell'articolo 81, par. 1, CE (ora art. 101 TFUE) in quanto limitava la libertà dei clienti di scegliere i fornitori ed i produttori di gas, senza determinare un incremento nella produzione e nella distribuzione di beni e servizi, ai sensi dell'articolo 81, par. 3 CE (ora art. 101, par. 3, TFUE).

3.1.4. Accordi orizzontali sulla produzione

Il *caso Synergen*¹⁷⁵ riguarda l'accordo raggiunto tra la società ESB (società in posizione dominante nel mercato irlandese della produzione e fornitura di elettricità) e la Statoil (Società norvegese di produttrice di gas) per la costruzione e la gestione della centrale elettrica Synergen, una centrale a gas di 400 MW situata a Dublino, in Irlanda. L'accordo per la costruzione di Synergen è un *leading case* in materia di cooperazione orizzontale sulla produzione¹⁷⁶. La Commissione ha autorizzato il partnerariato strategico in base al quale una controllata dell'ESB, la ESB Independent Energy Limited (ESBIE), commercializzerà l'elettricità

¹⁷⁴ Nel 2000 il Consorzio DUC produceva il 90% del gas danese e risultava composto da Shell (46%), A.P Møller (39%) e ChevronTexaco (15%).

¹⁷⁵ Caso COMP/E-3/37.732 – *Synergen* - in GU del 6.9.2000.

¹⁷⁶ Un altro esempio di accordo orizzontale di produzione nel mercato a monte del gas in Gran Bretagna è il caso *BP Amoco/Arco* in Caso M. 1532 del 19.01.2001 dove due imprese operanti nel settore del gas (Amoco ed Arco) avevano stipulato un accordo di produzione al fine di creare una *joint venture* con un effetto di *spill-over* sia nel mercato del gas a valle, che nel limitrofo mercato petrolifero.

prodotta da Synergen per 15 anni, mentre la società Statoil beneficerà di un contratto di fornitura di gas in esclusiva a Synergen per 15 anni. Benché, un siffatto accordo sulla produzione possa avere effetti restrittivi su un mercato particolarmente concentrato, come quello relativo alla produzione ed alla fornitura di elettricità in Irlanda la Commissione, in applicazione della sua politica di indulgenza, ha ritenuto preferibile autorizzare l'accordo, subordinandolo alla condizione per cui le parti contrattuali si impegnano a mettere a disposizione del mercato 600 MW (pari alla metà del consumo dei clienti idonei), almeno finché in Irlanda non siano disponibili fonti di elettricità supplementari.

3.1.5. Accordi orizzontali di distribuzione esclusiva

Il caso EDF-EnBW è il *leading case* in materia di accordi orizzontali di distribuzione esclusiva¹⁷⁷. La società francese EDF, impresa pubblica detentrica di una posizione dominante in tutti i settori relativi alla fornitura e trasmissione di energia elettrica in Francia, e la società OEW, associazione di nove distretti pubblici della Germania sud-occidentale, intendevano acquisire il controllo dell'impresa EnBW (Energie Baden-Württemberg AG), terza impresa elettrica tedesca in ordine di importanza, società integrata verticalmente in tutti i settori della fornitura e della trasmissione di elettricità, in particolare nella Germania sud-occidentale. Attraverso il progetto di concentrazione EDF e OEW avrebbero acquisito il controllo di EnBW che sarebbe diventata un'impresa comune, idonea a distribuire nel mercato tedesco l'energia elettrica prodotta da EDF. Le società EDF e OEW avevano dunque provveduto a notificare il progetto di concentrazione alla Commissione in conformità con il regolamento sul controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese¹⁷⁸. La Commissione, in conformità con la politica di indulgenza vigente al tempo della notifica dell'accordo, aveva autorizzato la concentrazione, subordinandola ad una serie di impegni contrattuali idonei a depotenziarne alcuni dei possibili rischi sulla concorrenza, per evitare ad EDF la protezione del proprio mercato nazionale rispetto alla concorrenza delle altre imprese europee. Il testo originale dell'accordo avrebbe aumentato il rischio di rafforzare la posizione dominante di EDF sul mercato dei clienti idonei in Francia eliminando, tra l'altro, EnBW quale potenziale concorrente data la sua posizione particolarmente favorevole per accedere al mercato francese;

¹⁷⁷ Decisione della Commissione in Caso COMP/M.1853 – *EDF/EnBW* del 07.02.2001.

¹⁷⁸ Regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese come modificato dal regolamento (CE) n. 1310/97 in GU L 180 del 9.7.1997, pag. 1.

ciò nonostante, la concentrazione ha aumentato il potenziale di ritorsione di EDF in Germania ed è servita ad EDF sia per incrementare la propria presenza in Svizzera, sia a rafforzare la sua posizione di fornitore paneuropeo.

3.1.6. Accordi orizzontali sulle reti

Il caso *Belgium Interconnector*¹⁷⁹ concerne un accordo di cooperazione orizzontale per la gestione di un gasdotto creato allo scopo di esportare gas dalla piattaforma continentale britannica al Belgio (flusso in uscita), ma che, se del caso, può essere utilizzato, anche per importare gas nel Regno Unito a partire dal continente (flusso in entrata)¹⁸⁰. In seguito ad un'inversione da un flusso in entrata (importazioni nel Regno Unito) ad un flusso in uscita (esportazioni verso l'Europa), avvenuto nel gennaio del 2001 nonostante i prezzi nel Regno Unito fossero più elevati di quelli continentali, la Commissione aveva avviato un'indagine per accertare se i trasportatori che fanno parte di IUK, alcuni dei quali sono anche grandi produttori di gas, si fossero accordati in modo fraudolento per creare un cartello al fine di influenzare la direzione dei flussi dell'Interconnector, e di conseguenza, al fine di isolare il mercato britannico per beneficiare di prezzi del gas più elevati. L'indagine si è conclusa perché la Commissione non è riuscita a fornire le prove necessarie a dimostrare l'esistenza di un eventuale cartello tra le società trasportatrici.¹⁸¹

¹⁷⁹ V. Comunicazione della Commissione IP/02/401 del 13.03.2002.

¹⁸⁰ L'Interconnector è il grande gasdotto che collega la rete del gas britannica a quelle dell'Europa continentale. Il gasdotto è gestito dalla società britannica Interconnector UK Ltd (IUK) e collega Bacton, nel Regno Unito, a Zeebrugge, in Belgio. Il gasdotto è entrato in funzione nell'ottobre 1998, vale a dire prima dell'entrata in vigore della prima direttiva di liberalizzazione del settore del gas (direttiva 98/30/CE) ed è attualmente l'unico collegamento diretto per il trasporto del gas tra il Regno Unito e il continente europeo. Dal punto di vista societario, IUK è un'impresa comune costituita nel 1995 da un consorzio di imprese che comprende colossi energetici come Amerada Hess, British Petroleum, British Gas, Conoco, Distrigas, Total Fina Elf, International Power, Ruhrgas e Gazprom.

¹⁸¹ La Commissione sospettava in particolare che Distrigas, società belga verticalmente integrata operante sia nella

trasmissione, che nel commercio del gas in Belgio, avesse, da sola o insieme alle altre 16 società detentrici di diritti di trasporto, approfittato degli aumenti dei prezzi controversi in violazione delle norme di diritto dell'Unione della concorrenza. La normativa comunitaria in materia di concorrenza si applica infatti anche alla gestione e all'allocazione delle capacità dei dispositivi di interconnessione, sanzionando attraverso l'articolo 81 del trattato CE, gli accordi sulla gestione dei gasdotti che hanno per oggetto o per effetto una restrizione della concorrenza e che non siano giustificati ai sensi dell'articolo 81 paragrafo 3. Ciò nonostante, la Commissione ha comunque costretto le società coinvolte nell'indagine a modificare alcuni aspetti dell'accordo di cooperazione sulla gestione comune del gasdotto.

Il *Caso Viking cable*¹⁸² è un ulteriore esempio di accordo orizzontale sulla creazione di un'impresa comune, denominata Viking Cable AS, per la costruzione e la gestione di un cavo sottomarino tra la Norvegia e la Germania per la trasmissione di elettricità ad alta tensione. In base a tale accordo, la società energetica tedesca E.ON, *leader* nella produzione e distribuzione di energia elettrica in Germania, ha preferito garantire il soddisfacimento della domanda interna di energia attraverso l'importazione di elettricità dalla Norvegia con un contratto di fornitura garantita di lunga durata piuttosto che costruire una nuova centrale elettrica in Germania. Il *Viking cable* rappresenta il primo collegamento diretto per la trasmissione di elettricità tra la Norvegia e la Germania. La Commissione ha ritenuto che gli accordi notificati non fossero restrittivi della concorrenza, ai sensi dell'articolo 81, par. 1, CE, (ora art. 101, par. 1, TFUE) adottando dunque una posizione favorevole in merito ad essi. In realtà, la posizione assunta dalla Commissione appare in più punti criticabile e non del tutto convincente. Considerando infatti che in base al quadro negoziale la fornitura di energia viene riservata ad E.ON, in virtù di accordi a lungo termine (circa 25 anni), l'accordo sarebbe dovuto risultare restrittivo della concorrenza, perché ostacolava i concorrenti tedeschi di E.ON nel mercato della fornitura dell'energia elettrica tedesca. In breve, non si dovrebbe giustificare la riserva di fornitura di lungo termine in base all'argomento della necessaria redditività dell'investimento di capitali utilizzato per la realizzazione dell'infrastruttura energetica, poiché tal modo di operare dipenderebbe in primo luogo dal costo marginale di E.ON sulla costruzione di una nuova centrale elettrica in Germania. L'accordo avrebbe semmai dovuto ottenere la copertura in base all'articolo 81 paragrafo 3, poiché l'accordo seppur restrittivo della concorrenza andrebbe, nel caso di specie, giustificato perché la costruzione di un nuovo cavo sottomarino garantisce la diversificazione degli approvvigionamenti in Germania e dunque arreca un beneficio complessivo del mercato e dei consumatori che è superiore delle restrizioni prodotte.

3.2. *Le restrizioni verticali*

Gli accordi verticali sono le intese o le pratiche concordate concluse da imprese che si trovano a diversi livelli della catena di produzione o di distribuzione dei mercati e che si riferiscono alle

¹⁸² Decisione della Commissione nel Caso COMP/E-3/37.921 – *Viking Cable*, in GUCE C-247/11 del 05.09.2001.

condizioni in base alle quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere prodotti o servizi¹⁸³.

Gli accordi verticali, in genere, hanno effetti restrittivi meno pregiudizievole per la concorrenza rispetto agli accordi orizzontali, perché mentre quest'ultimi sono conclusi tra concorrenti, i primi sono stipulati tra imprese che si collocano in mercati diversi e dunque possono non essere in una situazione di concorrenza. Negli accordi verticali esiste inoltre un fattore di autodisciplina del mercato perché l'*output* di un'impresa costituisce, di regola, l'*input* dell'altra; ciò significa che l'esercizio di un potere di mercato da parte dell'impresa a monte, è normalmente pregiudizievole per la domanda del prodotto dell'impresa a valle. Il fattore di autodisciplina impone generalmente che sia interesse delle imprese partecipanti all'accordo impedirsi reciprocamente di esercitare il proprio potere di mercato. Ciò nonostante, gli accordi verticali possono avere effetti restrittivi della concorrenza, vietati dall'art. 101 TFUE. Vi sono infatti restrizioni verticali che creano barriere all'accesso del mercato o che creano ostacoli all'integrazione dei mercati, così come vi sono accordi verticali che escludono o riducono la concorrenza fra marche (*inter-brand competition*) ovvero all'interno di una stessa marca (*intra-brand competition*).

Gli accordi verticali, anche quando possono avere effetti restrittivi della concorrenza, possono al contempo generare esternalità positive per il mercato¹⁸⁴; in particolare, considerando che il mercato energetico richiede investimenti massicci ed a lungo termine, gli accordi verticali possono risultare necessari a recuperare i costi d'investimento, ovvero a

¹⁸³ La definizione di 'accordo verticale' è contenuta nell'articolo 2, paragrafo 1, del Regolamento (CE) della Commissione n. 2790/1999 del 22 dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, GU L 336, del 29.12.1999, pag. 2. In generale sugli accordi verticali si rinvia alla Comunicazione della Commissione 'Linee direttrici sulle restrizioni verticali' COM 2000/C in GUCE C 291/01 del 13.10.2000. In dottrina si rinvia a L. KJØLBYE, 'Vertical Agreements' in *EU Energy Law Vol. II, cit.*, pp. 207-270.

¹⁸⁴ Il regolamento di esenzione per categoria istituisce una 'zona di sicurezza' che circonda l'ambito di applicazione di una presunzione di legalità per gli accordi verticali stipulati da imprese che detengono una quota di mercato non superiore alla soglia del 30%. L'applicabilità dell'articolo 81 CE in materia di accordi verticali dipende dal potere di mercato a livello del fornitore, dell'acquirente o di entrambi; la Commissione valuta che al di sotto della soglia del 30% gli effetti anticoncorrenziali sui mercati di riferimento sono generalmente limitati. La zona di sicurezza non si applica nei casi di 'restrizioni gravi' previsti dall'articolo 4 del 'Regolamento di esenzione per categoria' come gli accordi che fissano un prezzo minimo di rivendita, gli accordi che determinano la ripartizione del mercato per territori o clienti, gli accordi di distribuzione selettiva che limitano le vendite attive e passive degli utenti finali ed infine le restrizioni delle forniture incrociate tra distributori autorizzati nell'ambito di un sistema di distribuzione selettiva.

risolvere problema del parassitismo (*free riding*)¹⁸⁵ o ancora a garantire un prezzo al dettaglio dell'energia inferiore¹⁸⁶. In tali ipotesi, un accordo, pur contenendo restrizioni verticali vietate ai sensi dell'articolo 101, par. 1, TFUE può essere giustificato quando viene dimostrato che i benefici prodotti sul mercato sono in grado di controbilanciare gli effetti anticompetitivi (c.d. *efficiency defence test*).

Gli accordi verticali sono più frequenti nei mercati energetici rispetto agli altri mercati, per le caratteristiche intrinseche degli investimenti nel settore dell'elettricità e del gas; occorre dunque esaminare le tipologie più frequenti di accordi verticali tra società energetiche, come gli accordi contenenti obblighi di non concorrenza (Distrigaz, Repsol, Electrabel), gli accordi di ripartizione del mercato (GDF/ENI/ENEL; Governo algerino) ed infine gli accordi di fornitura esclusiva (Wingas/EDFT) con particolare riferimento alla casistica affrontata dalla Commissione in materia di concentrazioni.

3.2.1. *Obblighi di non concorrenza*

La denominazione «*monomarchismo*» raggruppa gli accordi la cui principale caratteristica è che l'acquirente è indotto a concentrare gli ordini di un particolare tipo di prodotto presso un unico fornitore. Questa categoria di accordi normalmente prevede, al suo interno, la sottoscrizione di obblighi di non concorrenza; un patto di non concorrenza si basa su un sistema di obblighi o incentivi che induce l'acquirente ad acquistare presso un unico fornitore l'intero suo fabbisogno di mercato. Gli accordi di non concorrenza hanno un contenuto obbligatorio positivo ed un contenuto negativo: in termini di obblighi positivi, l'accordo impone che l'acquirente possa fare ordini di acquisto direttamente dal fornitore; in termini di obblighi negativi, incombe sull'acquirente l'obbligo di non acquistare, rivendere o comunque non utilizzare beni e/o servizi presso società concorrenti. Gli obblighi di non concorrenza rischiano di determinare l'esclusione dal mercato dei fornitori concorrenti e di quelli potenziali, nonché di agevolare la collusione tra i fornitori con una perdita della concorrenza sia intra-marche, che inter-marche.

¹⁸⁵ In determinati casi, le restrizioni verticali che discendono da un accordo verticale contenente un obbligo di non concorrenza possono costituire una soluzione idonea a contrastare il fenomeno del parassitismo.

¹⁸⁶ Per sfruttare le economie di scala nella distribuzione, il produttore di energia può decidere di concentrare la rivendita di prodotti e servizi energetici presso un numero limitato di distributori attraverso un accordo di distribuzione selettiva allo scopo di garantirsi un prezzo al dettaglio più basso.

Il *Caso Repsol*¹⁸⁷ è una vicenda esemplare in materia di obblighi di non concorrenza contenuti in un accordo verticale di distribuzione nel settore dell'energia. Repsol è la società *leader* nel settore della distribuzione di petrolio in Spagna; allo scopo di recuperare gli investimenti nella costruzione di stazioni petrolifere, la Repsol aveva stipulato contratti di fornitura che obbligavano le stazioni petrolifere a concentrare presso di sé gli ordini di acquisto, operando dunque come unico rifornitore di petrolio. Prima della completa liberalizzazione del mercato delle stazioni di rifornimento petrolifero, intervenuto in Spagna nel 1996, il numero delle stazioni petrolifere era molto limitato e si è dunque reso necessario intervenire finanziando la costruzione di nuove stazioni petrolifere. La costruzione di nuove pompe di benzina è stata affidata agli investimenti dei fornitori all'ingrosso; i fornitori, come controprestazione del loro investimento, ottenevano un '*right in rem*' (diritto di proprietà ed usufrutto) sulla stazione della durata di 25-40 anni ed al contempo acquisivano il diritto di essere i fornitori esclusivi delle nuove stazioni per un'eguale durata. Le stazioni Repsol costituivano quasi la metà del totale delle stazioni di rifornimento in Spagna; i proprietari delle stazioni petrolifere aveva impugnato gli accordi con la Repsol, invocando la violazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, in quanto la summenzionata relazione negoziale finiva con l'attribuire alla Repsol il potere di fissare, *de facto*, il prezzo di rivendita nella sua rete di distributori, impedendo ai proprietari di stazioni di acquisire il rifornimento di benzina da concorrenti della Repsol ed imponendo loro prezzi raccomandati. Gli accordi di distribuzione tra la società Repsol ed i proprietari di stazioni di rifornimento contenevano obblighi di non concorrenza per una durata variabile da 5 a 40 anni. Tali obblighi di non concorrenza costituiscono accordi verticali restrittivi della concorrenza, in quanto determinano una significativa chiusura del mercato se sono soddisfatte cumulativamente due condizioni: devono sussistere barriere all'accesso del mercato di riferimento, e una delle parti negoziali deve avere un potere di mercato rilevante. La decisione di *commitment* della Commissione adottata il 12 Aprile del 2006, sanziona l'incompatibilità con l'articolo 81 CE (ora art. 101 TFUE) degli obblighi di non concorrenza contenuti negli accordi di distribuzione di lunga durata conclusi tra la Repsol ed i proprietari di stazioni di rifornimento e stabilisce un meccanismo di mercato per bilanciare la compensazione dei costi di investimento nel mercato delle stazioni di rifornimento e il costo dei proprietari delle stazioni per uscire dai contratti di distribuzione. In

¹⁸⁷ Decisione della Commissione nel Caso COMP/B-1/38348 – *Repsol*, in GUCE C-258 del 20.10.2004. Per un commento al caso di specie si rinvia a P. CHAUVE, 'Repsol: Opening up the fuel distribution system in Spain' in *Competition Policy Newsletter* 2/06, pp. 25-29.

base alla decisione della Commissione, i proprietari delle stazioni hanno ottenuto la possibilità di praticare sconti sui prezzi raccomandati dalla Repsol e rifornirsi anche presso altri produttori petroliferi.

3.2.2. Accordi di ripartizione del mercato

Gli accordi di «compartimentazione dei mercati» sono gli accordi la cui principale caratteristica consiste nel fatto di limitare le possibilità di approvvigionamento o di rivendita di un determinato prodotto da parte di un acquirente. Questo elemento si ritrova nell'acquisto esclusivo, in cui un sistema di obblighi o di incentivi pattuito tra il fornitore e l'acquirente induce quest'ultimo ad acquistare il suo fabbisogno di determinati prodotti, esclusivamente dal fornitore, consentendogli tuttavia di acquistare e rivendere liberamente prodotti concorrenti. La categoria degli accordi di ripartizione del mercato comprende sia le restrizioni territoriali, che le restrizioni sulla clientela¹⁸⁸.

La Commissione ha lanciato nel 2000 una vasta serie di indagini sulle clausole di restrizioni territoriali (dette anche '*clausole di destinazione*'), con particolare riguardo al mercato del gas, al precipuo scopo di accelerare, attraverso la politica della concorrenza, il processo di liberalizzazione dei mercati energetici previsto sul piano legislativo¹⁸⁹.

Il *leading case* in materia di clausole di restrizione territoriale nel mercato del gas riguarda i casi GDF/ENI/ENEL, sia per il carattere esemplificativo degli accordi, sia per il valore esemplare della vicenda che ad essa ha voluto attribuire la Commissione con l'adozione, per la prima volta, di una posizione formale in materia di restrizioni territoriali nel mercato del gas.

Nei casi *GDF/ENI* e *GDF/ENEL*¹⁹⁰ la Commissione ha confermato l'incompatibilità delle clausole di restrizione territoriale con l'articolo 81, par. 1, CE (ora art. 101, par. 1, TFUE). Tali clausole erano presenti in due tipi di contratti che la società EDF (società *leader* del settore del gas in Francia) aveva concluso con le società ENI¹⁹¹ (società *leader* del settore

¹⁸⁸ Per l'analisi delle restrizioni territoriali nel settore del gas si rinvia a H. NYSSSENS, C. CULTRERA ET D. SCHNICHELS, 'The territorial restrictions case in the gas sector: a state of play', in *Competition Policy Newsletter*, 1/04, p. 48.

¹⁸⁹ Il riferimento è al caso GFU/Statoil/Norsk Hydro deciso nel 17 Luglio 2002, al caso NLNG del 12 Dicembre 2002, al Caso Gazprom/ENI del 6 Ottobre 2003, al caso Gazprom/OMV del 17 febbraio 2005, al caso E.ON/Ruhrgas/Gazprom del 10 Giugno 2005.

¹⁹⁰ Decisione della Commissione nel Caso *COMP/38662 – GDF/ENI e GDF/ENEL*, del 26 ottobre 2004. Per un approfondimento al caso di specie si rinvia a C. CULTRERA, 'Les décisions GDF. La Commission est formelle: les clauses de restriction territoriale dans les contrats de gaz violent l'article 81' in *Competition Policy Newsletter* 1/05, pp. 45-48.

¹⁹¹ In base al quadro negoziale dell'accordo tra GDF ed ENI siglato nel 1997, la società GDF si impegnava a garantire il trasporto del gas naturale acquistato da ENI e proveniente dalla Norvegia

del gas in Italia) ed ENEL¹⁹² (società *leader* del settore elettrico in Italia, ma attiva anche nel settore del gas). In entrambi gli accordi la società EDF, a fronte di una prestazione di trasporto di gas (GDF/ENI), ovvero di *swap* di GNL fino alle frontiere italiane (GDF/ENEL), imponeva come controprestazione il divieto alle società italiane di rivendere e utilizzare gas nel territorio francese. Le clausole di restrizione territoriale che impongono un divieto di commercializzazione di prodotti energetici hanno l'effetto di isolare e proteggere i mercati energetici nazionali e costituiscono, per loro natura, una restrizione della concorrenza. Nonostante le clausole contestate siano state espunte dai rispettivi regolamenti contrattuali già nel 2003, la Commissione ha voluto ugualmente adottare una decisione formale per constatare l'incompatibilità con il diritto della concorrenza delle clausole di restrizioni territoriali presenti nei contratti del settore energetico. L'adozione della decisione formale, peraltro sprovvista di sanzione, può essere giustificata con l'intento della Commissione di stigmatizzare la vicenda e conferire a tutti gli operatori dei settori energetici un quadro di riferimento chiaro sull'incompatibilità con il diritto dell'Unione delle restrizioni verticali create al fine di proteggere e ripartire i mercati energetici nazionali.

Gli interessi delle società energetiche, dotate di un rilevante potere di mercato, in merito alla protezione dei propri mercati nazionali hanno continuato a persistere, anche a seguito della generale declaratoria di incompatibilità delle clausole di restrizione territoriale, attraverso la predisposizione di un sistema più evoluto di ripartizione dei profitti (*PSMs, profit sharing mechanism*) in grado di riprodurre gli effetti anticompetitivi delle 'estinte' clausole di restrizioni territoriali.

Il divieto di commercializzazione dei prodotti energetici in una determinata area di mercato può essere infatti raggiunto, non solo attraverso una clausola di restrizione territoriale, ma anche tramite una clausola che preveda, in capo all'importatore, l'obbligo di condividere con il venditore i profitti addizionali creati dalla rivendita del prodotto

fino al confine con la Svizzera. Oltre al compenso pattuito per l'attività di trasporto, il contratto conteneva una clausola in base alla quale ENI si impegnava a non vendere il gas naturale fino al punto di distribuzione sito alla frontiera tra la Francia e la Svizzera.

¹⁹² Il contratto tra GDF ed ENEL siglato sempre nel 1997 concerneva invece la compravendita ed il trasporto di gas naturale liquefatto (GNL) che ENEL importa dalla Nigeria. In base all'accordo, il GNL nigeriano arriva a Montoir in Francia e GDF si impegna a trasportarlo fino ai punti di confine del territorio italiano e, più in particolare, fino a Baumgarten, punto di frontiera tra l'Austria e la Slovacchia, Otingue, alla frontiera tra Francia e Svizzera, e Panigaglia punto terminale della distribuzione dove si trova il rigassificatore italiano di GNL. Il regolamento contrattuale prevede una clausola in base alla quale la società ENEL si obbliga a non utilizzare, né commercializzare il GNL in transito fino al punto di approdo nel territorio italiano.

nella parte di territorio, ovvero per la parte di clientela, coperta dall'accordo. Come confermato nel Caso *Sonatrach/Governo algerino*, la Commissione ha stabilito che il meccanismo di ripartizione dei profitti può restringere la libertà dell'importatore a rivendere il gas con un effetto anticompetitivo equivalente alle restrizioni territoriali e come tale deve essere giudicato incompatibile con l'articolo 81, par. 1, CE, (ora art. 101, par. 1, TFUE) quando l'extra-profitto è predeterminato sulla base dell'interesse dell'importatore a deviare il gas verso un mercato più vantaggioso¹⁹³.

3.2.3. Accordi di fornitura esclusiva

La «fornitura esclusiva», secondo la definizione dell'articolo 1, lettera c) del regolamento di esenzione per categoria, è la forma estrema di restrizione della distribuzione per quanto riguarda la limitazione del numero di acquirenti: in un accordo di tale tipo si specifica che esiste un unico acquirente all'interno dell'Unione, al quale il fornitore può vendere un determinato prodotto¹⁹⁴.

Il caso *Wingas/EDF Trading*¹⁹⁵ riguarda la relazione contrattuale di lunga durata sulla fornitura di gas tra la società EDF Trading, operante nel mercato del commercio del gas in Gran Bretagna, e la società Wingas, attiva come grossista del gas in Germania. Il contratto prevedeva, in principio, un accordo di fornitura in esclusiva con una clausola per la quale, in caso di vendita all'ingrosso di gas da parte di EDF a società concorrenti della Wingas nel mercato tedesco, sarebbe scattata una riduzione automatica dei volumi di fornitura. L'esclusività della fornitura ed i relativi profitti di EDF venivano dunque blindati dalla clausola sulla riduzione della fornitura con il divieto di fornitura a concorrenti di Wingas nel mercato tedesco. A seguito delle indagini avviate dalla Commissione, le società in questione hanno inteso stralciare dall'accordo

¹⁹³ Mentre le restrizioni territoriali sono sempre vietate in quanto hanno effetti anticompetitivi, il giudizio di compatibilità dei meccanismi di ripartizione dei profitti con le norme antitrust comunitarie deve tener conto delle specificità dei singoli casi di specie, alla luce di tutti gli elementi negoziali dell'accordo nel quale si inseriscono. Per un'analisi più dettagliata in materia, con particolare riguardo al giudizio di equivalenza tra le restrizioni territoriali ed i meccanismi di ripartizione dei profitti, in presenza di *Incoterms* (DES, CIF e FOB) nell'accordo si rinvia a E. WÅKTARE, 'Territorial restrictions and profit sharing mechanisms in the gas sector: the Algerian case' in *Competition Policy Newsletter* 3/07, pp. 19-21.

¹⁹⁴ Per i beni e servizi intermedi, l'accordo di fornitura esclusiva implica la designazione, all'interno della Comunità, di un unico acquirente generico, ovvero di un unico acquirente ai fini di un'utilizzazione specifica. La fornitura esclusiva nel caso di beni e servizi intermedi è spesso designata come subfornitura industriale.

¹⁹⁵ Decisione della Commissione nel Caso COMP/36.559 – *WINGAS/EDF Trading*; V. Comunicazione della Commissione in IP/02/1239 del 12.9.2002.

la clausola di riduzione delle forniture, eliminando dunque la rigida tutela dell'esclusività del rapporto di fornitura giudicata incompatibile con il diritto dell'Unione a causa dell'effetto di chiusura del mercato che la clausola in questione creava nei riguardi delle concorrenti di Wingas.

4. Gli accordi di fornitura di lunga durata

Gli accordi di fornitura di lunga durata sono una categoria contrattuale molto diffusa nei settori energetici, ed in particolare nel mercato del gas; la tipicità di tali accordi è dovuta essenzialmente ad alcune peculiarità dei mercati energetici che riguardano gli investimenti e la domanda di energia. Gli investimenti nell'energia sono, per loro natura, molto ingenti e poco redditizi nel breve termine: questo fattore determina che siano relativamente poche le imprese che hanno una struttura aziendale e patrimoniale in grado di ammortizzare i costi di investimento ed operare nei mercati dell'elettricità e del gas. La natura degli investimenti energetici determina la struttura tradizionale dei mercati dell'energia che si caratterizza per la forte concentrazione e per la presenza di monopolisti nei mercati nazionali. Inoltre, come si è avuto modo di sottolineare altrove (*cfr.* Cap. I) l'Unione, per soddisfare la crescita della propria domanda interna di energia, ha sviluppato una fisiologica dipendenza dalle importazioni di energia dall'estero, per cui necessita di strumenti normativi e negoziali idonei ad assicurare il regolare flusso di energia dai Paesi esportatori.

I contratti di fornitura di lunga durata sono accordi verticali stipulati tra società europee di distribuzione del gas e dell'elettricità (generalmente sono le società che detenevano il monopolio nazionale prima della liberalizzazione e che, nell'attuale regime di liberalizzazione, detengono ancora posizioni dominanti nei mercati nazionali) e società di Paesi terzi (in particolare per il gas, si tratta della società russa Gazprom e della società algerina Sonatrach). In virtù dei contratti di fornitura di lunga durata, l'importatore si assicura la fornitura della quantità di energia pattuita, il cui volume tendenzialmente riflette la domanda nazionale di energia, ad un determinato prezzo legato a meccanismi di indicizzazione con il prezzo del petrolio, per un lasso di tempo superiore in media ai 10 anni.¹⁹⁶ Gli accordi di fornitura di lunga durata sono molto

¹⁹⁶ È controversa la definizione della lunghezza della durata nei contratti di fornitura. Se si considera il dato giuridico-formale, ai sensi dell'articolo 2 della direttiva 2003/55/CE, sono qualificati di '*lunga durata*' i contratti di fornitura di gas stipulati per un lasso di tempo superiore ai 10 anni. Altrove, invece, si è inteso qualificare la lunghezza della durata in termini economici piuttosto che normativi: è il caso degli Stati Uniti dove sono sufficienti 4 anni per qualificare un contratto di fornitura di energia come un contratto di lunga durata. Sempre in riferimento alla durata della relazione contrattuale, il processo di liberalizzazione dei mercati energetici ha avuto

importanti perché costituiscono il principale strumento attraverso il quale gli Stati membri che dipendono dalle importazioni di energia si assicurano la sicurezza delle forniture di energia; tuttavia, tali accordi possono, talora, avere effetti negativi sulla concorrenza dei mercati e risultare difficilmente compatibili con le norme di diritto dell'Unione della concorrenza.

Si tratta dunque di individuare (se esiste) un punto di equilibrio che sia in grado di contemperare le esigenze di sicurezza degli approvvigionamenti energetici con i principi di diritto dell'Unione in materia di concorrenza.¹⁹⁷

Il contratto di fornitura di lunga durata non è, di per sé, una tipologia vietata dal diritto della concorrenza; in quanto accordo verticale, il contratto di fornitura può tuttavia restringere la concorrenza e dunque costituire una violazione della normativa antitrust ai sensi dell'articolo 81, par. 1, CE (ora art. 101, par. 1, TFUE).

Gli accordi di fornitura di lunga distanza possono avere effetti negativi della concorrenza che ne minacciano la compatibilità con il diritto dell'Unione: in un mercato liberalizzato ed aperto alla concorrenza, i contratti di fornitura di lunga distanza hanno l'effetto di cristallizzare i prezzi dell'energia (anestetizzando i ribassi dei prezzi al consumo eventualmente determinati dalla concorrenza nei mercati a valle) e possono ostacolare o precludere l'accesso di nuovi operatori sia nel mercato a monte che nel mercato a valle, impedendo ai consumatori di cambiare fornitore e dunque, a seconda del volume di fornitura e della struttura dei mercati interessati, limitando o eliminando la concorrenza.

Lo stesso articolo 101 TFUE prevede che determinati accordi, anche quando abbiano effetti restrittivi della concorrenza, possano

un impatto sulla riduzione della durata media dei contratti di fornitura passata da 25 anni a 15 anni; tale diminuzione trae origine dal dinamismo negoziale degli operatori di mercato generato a seguito della liberalizzazione. Più operatori di mercato significa diluire i rischi di improvvise fiammate dei prezzi dell'energia generati dal potere di mercato di poche imprese e dunque allentare quella che storicamente è una delle ragioni che militano in favore dell'adozione di contratti di fornitura di lunga durata.

¹⁹⁷ La Commissione europea ha spesso avuto un atteggiamento ambiguo nei confronti dei contratti di fornitura di lunga durata. Negli anni '90 la Commissione aveva adottato una linea molto severa nei confronti di questa tipologia di contratti, sottolineandone in più occasioni i profili di incompatibilità con il diritto dell'Unione della concorrenza (a tal proposito, v. par. 95 Decisione EXXON MOBIL, *cit.*). Successivamente, anche a seguito delle minacce di ritorsioni sull'interruzione di forniture fatte da Gazprom, la Commissione ha assunto una posizione meno intransigente, evidenziando i benefici che questi contratti possono avere sulla sicurezza degli approvvigionamenti energetici. Per ridurre l'incertezza sul mercato, la Commissione dovrebbe fornire orientamenti sulla compatibilità degli accordi bilaterali di approvvigionamento a lungo termine a valle con il diritto europeo della concorrenza, identificando a quali condizioni e con quali limiti tali accordi possono risultare ammissibili nel contesto di un mercato energetico europeo pienamente liberalizzato.

tuttavia essere giustificati e coperti dall'applicazione del c.d. *efficiency defence test*¹⁹⁸ quando vengano soddisfatte cumulativamente quattro condizioni. Perché si possa invocare l'esenzione prevista dall'articolo 101, par. 3, TFUE la restrizione verticale deve contribuire a migliorare la produzione o la distribuzione di nuovi prodotti, ovvero a promuovere il progresso tecnico o economico; inoltre, la restrizione verticale deve riservare ai consumatori una congrua parte dell'utile che ne deriva. Infine, occorre che l'accordo in esame sia indispensabile per raggiungere tali obiettivi e non deve dare alle imprese, che sono parti dell'accordo verticale, la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti energetici. I contratti di fornitura di lunga durata possono essere giustificati in quanto idonei a garantire la sicurezza degli approvvigionamenti energetici. Tuttavia la giustificazione obiettiva di tali accordi in nome della sicurezza delle forniture è una ragione necessaria ma non sufficiente in quanto occorre che siano cumulativamente soddisfatte tutte le condizioni previste dalla normativa comunitaria e devono essere analizzati in concreto, caso per caso, tutti i possibili effetti positivi sul mercato dell'accordo per vedere se questi sono in grado di controbilanciare gli effetti negativi che l'accordo è in grado potenzialmente di produrre dalla data della sua entrata in vigore. I contratti di fornitura di lunga durata possono avere vari effetti positivi sui mercati dell'energia: in primo luogo, tali accordi rendono prevedibili i costi dell'energia, allentando la volatilità dei prezzi energetici dalla dinamica dei picchi della domanda e dell'offerta;¹⁹⁹ in secondo luogo, possono essere indispensabili per la pianificazione degli investimenti nelle reti e nelle infrastrutture energetiche di fornitura, perché garantiscono un ritorno dell'investimento nel medio e lungo termine e facilitano la capacità di ammortizzamento degli investimenti pianificati.²⁰⁰ Controverso è invece l'effetto degli accordi di lunga durata

¹⁹⁸ Com'è noto, l'applicazione dell'articolo 81 CE, paragrafo 3, risulta oggi ampiamente modificata a seguito del novellato regime di esenzioni. Il precedente regolamento n. 17/62/CE prevedeva la competenza esclusiva della Commissione nella materia antitrust con un meccanismo di notifica obbligatoria (attraverso il cd. formulario AB) per tutte le imprese che si trovassero in situazione di dubbia compatibilità con l'articolo 81 CE. Inoltre, il regolamento n. 17/62/CE prevedeva un sistema di esenzione generale per categoria (contenenti una lista bianca ed una lista nera). Oggi il regolamento n. 1/2003/CE ha ampiamente riformato il sistema precedente attuando un decentramento delle competenze che vengono ripartite tra la Commissione (art. 4), le autorità garanti della concorrenza nazionali (art. 5) e le giurisdizioni nazionali (art. 6).

¹⁹⁹ Gli accordi bilaterali per l'approvvigionamento a valle offrono alle industrie a consumo intensivo di energia l'opportunità di ottenere prezzi più prevedibili.

²⁰⁰ I contratti di fornitura di lungo termine possono essere qualificati giuridicamente come un compenso per avere ottenuto una capacità addizionale di generazione dell'energia elettrica. Pur realizzando una restrizione alla concorrenza, vietata ai sensi dell'81 n. 1, possono risultare giustificati, ai sensi dell'81 n. 3, perché producono esternalità positive per il mercato.

sulla sicurezza degli approvvigionamenti intesa in termini di garanzia della non interruzione delle forniture in ottemperanza degli accordi contrattuali.²⁰¹ Sotto quest'ultimo profilo, se da un lato è vero che in presenza di un accordo di fornitura di lunga durata, in caso di interruzione delle forniture la società importatrice può invocare il rispetto dei termini contrattuali, dall'altro, questo può non servire a garantire il flusso di energia quando la società fornitrice lamenti che l'inadempimento non sia ad essa imputabile a causa del decisivo intervento di terzi (generalmente i Paesi di transito delle forniture) nel determinare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione pattuita.

Più che sulla natura dei contratti di fornitura di lunga durata, il bilanciamento di interessi contrapposti deve essere effettuato tenendo conto dell'impatto che tali accordi hanno in effetto o in potenza sul mercato di riferimento; questo significa anche che il giudizio di compatibilità non può essere tratto in maniera definitiva, ma deve lasciare un certo margine di apprezzamento per valutare i mutamenti dei mercati energetici indotti dal processo di liberalizzazione e di integrazione dei mercati europei dell'energia. Il margine di discrezionalità non dovrebbe però determinare oscillazioni troppo ampie nei comportamenti delle istituzioni comunitarie, per evitare l'effetto di disorientamento degli operatori dei mercati energetici, con pregiudizio della certezza delle situazioni giuridiche e con il rischio di disparità di trattamento in ragione delle parti contrattuali coinvolte.

Negli anni '90 la Commissione aveva adottato una posizione di netto contrasto con i contratti di fornitura di lunga durata stipulati tra le società europee e società di Paesi terzi, chiedendo di limitare in vario modo l'efficacia delle relazioni negoziali ad un tempo massimo non superiore a 15 anni; più recentemente, la Commissione ha assunto un atteggiamento più morbido nei confronti dei contratti di fornitura di gas, in particolare quando una delle parti negoziali era Gazprom o Sonatrach, evitando di sanzionare contratti di fornitura di lunga durata di durata anche superiore ai 25 – 30 anni.²⁰² Questo atteggiamento della

²⁰¹ Il riferimento ai casi di interruzione delle forniture di gas che hanno aperto delle crisi cicliche dei rifornimenti nel 2006 (prima crisi Ucraina – Russia), nel 2007 (crisi Bielorussia – Russia) e recentemente nel 2009 (seconda crisi Ucraina – Russia). Per un'analisi più dettagliata di questi episodi di interruzione delle forniture e per una valutazione degli elementi di geopolitica in esse contenute, si rinvia al IV capitolo in tema di relazione esterne del diritto europeo dell'energia.

²⁰² In materia di contratti di lunga durata nell'energia si rinvia a M. ROGGENKAMP (a cura di), *'EU Energy Law in Europe'*, 2^aed., Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 260-262. Per un'analisi della compatibilità con il diritto dell'Unione della concorrenza dei contratti di fornitura di lunga durata nel settore del gas, con particolare riguardo alle posizioni della Commissione e di Gazprom in materia, si rinvia a K. TALUS, 'Long-term gas agreements and security of supply: between law and politics' in *ELR*, 32/07, pp. 535-548.

Commissione, comprensibile dal punto di vista geopolitico per la paura delle misure di ritorsione che le società esportatrici di gas possono attuare nei confronti degli importatori europei a detrimento della sicurezza degli approvvigionamenti energetici, risulta però particolarmente pericoloso perché introduce forme discriminatorie e combina elementi giuridici con elementi politici nella valutazione della compatibilità con il diritto dell'Unione dei contratti di fornitura di lunga durata.

Le istituzioni europee dovrebbero assumere una posizione maggiormente aderente al contenuto ed allo spirito dell'articolo 101, par. 3, TFUE evitando di generare ulteriori incertezze e disparità di trattamento tra gli operatori economici. Infine, nel giudizio di compatibilità dei contratti di fornitura di lunga durata, il bilanciamento degli interessi dovrebbe essere emesso tenendo maggiormente in conto gli effetti del processo di liberalizzazione nei mercati energetici. Considerando che gli effetti della concorrenza sui mercati energetici possono essere fortemente contrastati dai contratti di fornitura di lunga durata, sia per il congelamento dei prezzi che essi comportano, sia per le barriere di accesso al mercato che essi determinano, le ragioni in base alle quali tali accordi vengono stipulati devono essere attentamente vagliate e rigorosamente aderenti alle condizioni previste dall'articolo 101, par. 3, TFUE. Dagli anni '90 ad oggi, gli investimenti per la realizzazione di infrastrutture energetiche, con particolare riguardo alla creazione di gasdotti per il trasporto di gas naturale liquefatto a lunga distanza, hanno reso il sistema energetico più maturo dal punto di vista infrastrutturale; se si tiene conto che ammodernare una infrastruttura energetica è un'operazione finanziariamente ingente ma comunque meno onerosa rispetto alla costruzione di nuove infrastrutture, questo elemento è utile ad attenuare la necessità di far ricorso ai contratti di fornitura di lunga durata per ammortizzare gli investimenti nelle infrastrutture energetiche. Tuttavia la mutata situazione delle infrastrutture energetiche nei mercati a monte e la crescente pressione concorrenziale nei mercati a valle non hanno determinato al momento significativi mutamenti nel giudizio di compatibilità dei contratti di fornitura di lunga durata. L'Unione europea ha interesse ad evitare che il ricorso ai contratti di fornitura di lunga durata celi, dietro apparentemente legittime giustificazioni economiche, ragioni di conservazioni di posizioni dominanti nei mercati a valle da parte delle società importatrici europee, e ragioni di geopolitica da parte delle società esportatrici che mirino ad utilizzare le risorse energetiche come strumenti di pressione nelle relazioni internazionali (*cfr.* Capitolo IV).

6. L'abuso di posizione dominante nei mercati dell'energia

Una società che detiene una posizione dominante assume una 'speciale responsabilità' nei confronti del mercato, delle altre imprese concorrenti e dei consumatori, la cui violazione si caratterizza in termini di abuso della posizione che detiene.²⁰³ Il controllo delle posizioni di potenza economica, che derivano da una situazione di dominanza su un mercato, rientra tradizionalmente tra gli obiettivi della normativa antitrust. Com'è noto, l'articolo 102 TFUE (già art. 82 CE) sanziona l'abuso di posizione dominante realizzato da un'impresa, individualmente o collettivamente, che sia idoneo, in atto o in potenza, direttamente o indirettamente, a creare un pregiudizio agli scambi intracomunitari.

Il divieto di abuso della posizione dominante si è arricchito attraverso una sterminata serie di pronunce della Corte di Giustizia e del Tribunale che hanno puntualizzato la nozione di sfruttamento abusivo,²⁰⁴ elaborando diversi indici presuntivi, basati su elementi di fatto e di diritto, entro cui accertare le (eventuali) responsabilità delle imprese che godono di un significativo potere di mercato. Per un consolidato orientamento giurisprudenziale, l'accertamento giurisdizionale dell'esistenza di una fattispecie di sfruttamento abusivo non può essere fatto valere in astratto, ma deve tener conto delle caratteristiche del mercato di riferimento²⁰⁵. In conformità a tale orientamento, risulta necessario collegare l'analisi concorrenziale, relativa alla fattispecie di

²⁰³ Sebbene l'accertamento dell'esistenza di una posizione dominante, di per sé, non implichi alcuna contestazione a carico dell'impresa che la detiene, su quest'ultima incombe, indipendentemente dalle cause di tale posizione, 'la particolare responsabilità di non compromettere con il suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune' (così la Corte di Giustizia nella sentenza 9 novembre 1983, in causa C-322/81, *Michelin*, in *Racc.* 3461, punto 57; sentenza 7 ottobre 1999, in causa T-228/97, *Irish Sugar*, punto 112, in *Racc.* pag. II-2969). In dottrina, si rinvia a G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., pp. 691-706; S. BASTIANON, 'L'abuso di posizione dominante', Giuffrè, Milano, 2001; A. LLORENS, 'The Role of Objective Justification and Efficiencies in the Application of Article 82 EC', in *CMLR*, 6/2007, pp. 1727-1762; A. RENZULLI, 'La modernizzazione del diritto della concorrenza: il buyer power e l'art. 82 del Trattato CE', in *Diritto dell'Unione europea*, 4/06, pp. 747 e ss; P. AKMAN, 'To abuse or not to abuse: discrimination between consumers', in *ELR*, 4/07, pp. 492-512.

²⁰⁴ In riferimento alla nozione di posizione dominante si rinvia in giurisprudenza alle sentenze del 14 febbraio 1978, in causa C-27/76, *United Brands*, in *Racc.* p. 207; sentenza 9 novembre 1983, in causa C-322/81, *Michelin*, in *Racc.* 3461; più recentemente v. sentenza 30 gennaio 2007, in T-340/03, *France Télécom*, punto 99; sentenza 17 settembre 2007, T-201/04, *Microsoft*, punti 229 e ss).

²⁰⁵ *Ex multis*, v. sentenza 21 febbraio 1973, in causa C-6/72, *Continental Can*, in *Racc.* 215, punto 32; sentenza 25 ottobre 2005, in T-38/02, *Danone*, in *Racc.* p. II-4407; *Michelin*, prec. cit., punto 7, ; Sentenza del 13 febbraio 1979, in causa C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, in *Racc.* 1979, p. 461, punto 40.

abuso della posizione dominante, alle peculiarità presenti nei mercati dell'elettricità e del gas, allo scopo di cogliere le possibili divergenze, sia rispetto alla disciplina generale, sia rispetto alla sua applicazione concreta negli altri mercati.²⁰⁶

5.1 L' inquadramento teorico dell'articolo 102 TFUE nell'energia

La responsabilità dell'impresa, in caso di abuso della posizione dominante, è una responsabilità oggettiva che prescinde dagli elementi soggettivi del dolo e della colpa e si concentra sulla potenzialità dell'effetto lesivo, ovvero sulle conseguenze che la condotta può determinare sulla struttura concorrenziale del mercato, senza che sia necessario aspettare che si verifichi in concreto l'evento lesivo.²⁰⁷ L'articolo 102 TFUE configura dunque una responsabilità di posizione in cui un'impresa, per il solo fatto di trovarsi in una situazione di posizione dominante, risulta destinataria di una serie di obblighi nei confronti del mercato di riferimento e dei consumatori. Il diritto dell'Unione riconosce e tutela la libera iniziativa economica, nonché la libertà delle imprese di determinare il loro comportamento sul mercato attraverso la loro politica aziendale; l'impresa che si trova in posizione dominante non è privata del diritto di tutelare i propri interessi commerciali, qualora questi siano insidiati dalla pressione della concorrenza. Ai sensi del diritto dell'Unione antitrust, l'impresa interessata ha la facoltà di compiere gli atti che ritiene più opportuni per la protezione dei propri interessi economici, ma la sua politica aziendale non deve avere lo scopo di rafforzare la posizione dominante attraverso una condotta abusiva.²⁰⁸

Le specificità dei beni energetici (elettricità e gas) e dei relativi mercati di riferimento impongono tuttavia una ri-meditazione delle tradizionali categorie concettuali impiegate per inquadrare il tema dell'abuso della posizione dominante. L'accertamento della posizione dominante, l'indagine giuridica ed economica sul potere di mercato, l'imputabilità del comportamento abusivo e la dimensione temporale dello stesso rischiano di rimanere concetti vuoti se non si modulano secondo le caratteristiche proprie dei mercati energetici; dall'altra parte,

²⁰⁶ C. W. JONES (a cura di), *'EU Energy Law: Volume II – EU Competition Law and Energy Markets'*, seconda edizione, Claves & Castels, 2007, p. 946 e ss.; ROGGENKAMP, M.M. HAMMER, *'European energy law: Report III, Volume III'*, Antwerp, Oxford, 2008; P. D. CAMERON, *'Legal aspects of EU energy regulation: implementing the new directives on electricity and gas across Europe'*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

²⁰⁷ Sulla natura oggettiva della responsabilità dell'impresa in posizione dominante v. Hoffman La Roche, *cit.*, punto 91; Irish Sugar, *cit.* punto 111.

²⁰⁸ V. Sentenze United Brands, *prec. cit.*, punto 189; sentenza del 6 ottobre 1994, T-83/91, *Tetra Pak*, in Racc. 755, punto 147.

sottolineare gli elementi di estraneità alla disciplina generale non significa certo attribuire un (presunto) carattere eccezionale e dunque derogatorio alla materia energetica, quanto piuttosto confermare che l'applicazione efficace della normativa antitrust nei mercati *de quibus* può avvenire solo se si tiene in debito conto il loro concreto modo di operare.

La nozione di posizione dominante è una nozione relativa nel senso che deve essere misurata tenendo conto della struttura concorrenziale del mercato di riferimento; essa consiste in una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di determinare unilateralmente i propri comportamenti senza dipendere dai concorrenti e dai consumatori. La posizione dominante attribuisce dunque all'impresa che la detiene una potenza economica, attraverso la quale essa può tenere comportamenti unilaterali, che siano in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva nel mercato di riferimento.²⁰⁹ L'esistenza di una posizione dominante deriva dalla concomitanza di più fattori che, presi isolatamente, non sarebbero necessariamente decisivi: tra questi fattori, un ruolo preminente è svolto dalla detenzione di una quota di mercato. Com'è noto, non esiste una soglia fissa oltre la quale si può affermare che una certa quota di mercato determini l'esistenza di una posizione dominante; la quota di mercato è un indice sintomatico della sussistenza di una potenza economica che diviene la prova del potere di mercato, quando la quota supera il 50%.²¹⁰ Tuttavia, quando si è in presenza di un mercato caratterizzato da forti economie di scale, dall'alto tasso di concentrazione, dall'esistenza di impresa verticalmente integrate e dall'estrema polverizzazione delle quote di mercato, l'indice della quota di mercato non dovrebbe essere valutato in termini assoluti, ma in termini relativi. Per quota di mercato relativa si intende la differenza tra la (elevata) quota di mercato posseduta da una singola impresa e le (ridotte) quote di mercato possedute da molti piccoli concorrenti. In tali ipotesi, anche la detenzione di una soglia di mercato che in valori assoluti sia inferiore al 50% può essere una prova dell'esistenza di una posizione dominante. Così, se per il mercato delle telecomunicazioni una quota di mercato del 20-25% è stata ritenuta un indice sintomatico della presenza

²⁰⁹ V. Hoffman La Roche, prec. cit., punto 38; Irish Sugar, prec. cit. punto 70; Michelin, *cit.*, punto 30.

²¹⁰ La detenzione di una quota di mercato notevole è un elemento probante dell'esistenza di una posizione dominante, ma non è un dato assoluto, poiché la sua importanza varia a seconda della struttura del mercato di riferimento. Tuttavia, una quota di mercato superiore al 50% costituisce di per sé una prova dell'esistenza di una posizione dominante sul mercato di cui trattasi (v. sentenza AKZO/Commissione, citata, punto 60).

di una posizione dominante,²¹¹ le stesse risultanze potrebbero essere traslate nel campo dell'energia, in considerazione delle forti analogie della struttura concorrenziale che presentano il mercato delle telecomunicazioni ed i mercati energetici. Ai fini dell'individuazione di un potere di mercato nel settore energetico, un ulteriore problema è causato dal fatto che in alcuni mercati energetici, come quello della produzione e della vendita di energia elettrica, non esiste un nesso di causalità diretta tra la detenzione di una quota di mercato rilevante e la sussistenza di un potere di mercato. La struttura di questi mercati è tale per cui anche operatori con modeste quote di mercato, inferiori al 20%, sono in grado di esercitare un significativo potere di mercato che consente loro di determinare variazioni dei prezzi dell'elettricità; in questo contesto, diviene sempre più difficile e complesso condurre indagini per valutare l'imputabilità degli illeciti anticoncorrenziali. Infatti, se è vero che la responsabilità in caso di abuso della posizione dominante è una responsabilità oggettiva, scevra delle connotazioni subiettive della colpevolezza, è pur sempre vero che il comportamento deve essere imputabile ad una o più imprese determinate. Il problema dell'imputabilità degli illeciti antitrust nel settore dell'energia risiede nella difficoltà di riferire un determinato comportamento abusivo alla decisione di un'impresa; come si fa, ad esempio, a poter dimostrare che un aumento dei prezzi nel mercato all'ingrosso dell'elettricità è dovuto ad un'impresa elettrica piuttosto che ad un'altra? In estrema sintesi, il sistema di formazione dei prezzi nel mercato elettrico della vendita all'ingrosso è fatto in modo da attrarre gli impianti che tecnologicamente sono più efficienti e dunque riescono a praticare i prezzi marginali più bassi, escludendo gli impianti tecnologicamente più obsoleti che praticano prezzi marginali superiori. Nei mercati spot della vendita all'ingrosso dell'elettricità, il prezzo marginale di sistema²¹² è

²¹¹ F. DENOZZA, 'L'applicazione delle regole di concorrenza nel campo delle telecomunicazioni' in F. DONATI, G. MORBIDELLI (a cura di) 'Comunicazioni: verso il diritto della convergenza', Giappichelli, Torino, 2003; R. MASTROIANNI, G. STROZZI, La disciplina comunitaria delle trasmissioni televisive e la recente legislazione italiana, in *Foro It.*, 1993; BIANCO, 'Abuso di posizione dominante e pluralismo dell'informazione, con particolare riguardo al settore radiotelevisivo privato', in *Giur. It.*, 1992; CARDARELLI, ZENCOVICH, 'Il diritto delle telecomunicazioni. Principi, normativa, giurisprudenza', Laterza, Bari, 1997; SALVATORE, 'Concorrenza televisiva e diritto comunitario', CEDAM, Padova, 1993.

²¹² Dal punto di vista dell'analisi economica del mercato elettrico (c.d. 'mercato del giorno prima'), il prezzo marginale di sistema è il prezzo di equilibrio che si trova incrociando la curva di offerta con la curva di domanda. Tale prezzo è denominato prezzo marginale di sistema perché viene determinato 'dal prezzo di offerta dell'ultimo impianto chiamato a produrre, ossia l'impianto marginale. Pertanto, il prezzo corrisposto ai diversi produttori è il prezzo uniforme fissato, sulla base dell'ordine di merito, dall'impianto meno efficiente ossia da quello che, nel

determinato sulla base del prezzo fissato dall'ultimo impianto dispacciato dal gestore. Tuttavia tale sistema può essere agevolmente aggirato attraverso pratiche collusive, poste in essere allo scopo di tener il prezzo marginale di sistema artificialmente alto, in modo da consentire a tutti i partecipanti di ottenere consistenti rendite infra-marginali. In tali ipotesi fraudolenta, l'aumento del prezzo sebbene sia formalmente imputabile al generatore che fissa il prezzo marginale di sistema, poiché possiede un impianto meno efficiente (e detiene quote di mercato minori) di quelli dispacciati precedentemente secondo l'ordine di merito, in realtà potrebbe essere causato da una contrazione strategica dell'offerta realizzata da altre imprese (che non necessariamente detengono rilevanti quote di mercato).²¹³ In un caso del genere, l'aumento del prezzo marginale, apparentemente imputabile al generatore marginale che forma per ultimo il prezzo, dovrebbe invece essere attribuito a chi, contraendo volontariamente la propria offerta di produzione, determina l'aumento del prezzo marginale di sistema. Il sistema di formazione dei prezzi dell'elettricità all'ingrosso dimostra come sia difficile individuare le imprese elettriche responsabili di comportamenti anticoncorrenziali, perché non esiste un vincolo necessariamente diretto tra la detenzione di una quota di mercato e l'esercizio di un potere di mercato. La difficoltà delle indagini concorrenziali in questo settore deriva anche dall'assenza di strumenti di monitoraggio completi e continui, in grado di valutare le oscillazioni dei prezzi anche per brevissimi periodi di tempo.

Infatti, la fattispecie di abuso di posizione dominante nel mercato della generazione di elettricità avviene in modo transitorio e con irregolare intermittenza. In sede di teoria generale della concorrenza, la dimensione temporale è un indice presuntivo per accertare una condotta di abuso della posizione dominante: non è sufficiente che un'impresa detentrica di un potere di mercato possa tenere un comportamento abusivo non protratto nel tempo, perché si possa verificare una minaccia alla struttura concorrenziale del mercato. Da queste premesse, trae origine la regola per cui l'illecito antitrust dell'abuso di posizione dominante ha natura di illecito permanente e non istantaneo. Tuttavia, nel mercato energetico l'indice presuntivo del tempo per stabilire l'esistenza di un abuso risulta inadeguato e potrebbe condurre ad esiti applicativi affatto fuorvianti. Diversamente da altri mercati, dove si richiede che la fattispecie abusiva sia stata protratta nel tempo per poter esplicitare il

sistema, produce energia al costo marginale più elevato' (così, F. Marroncelli, S. Verde, *'Il potere di mercato nel settore elettrico tra abusi e normativa antitrust'* in *Energia* n. 2/05, p. 50.)

²¹³ Per esempio, se un'impresa decide di ridurre la propria capacità di offerta giustificandosi con motivi di manutenzione dell'impianto di generazione questo produce un aumento del costo marginale di sistema e dunque un aumento del prezzo di offerta che non necessariamente riflette la scarsità del bene.

rischio di causare una distorsione della concorrenza, nei mercati dell'elettricità, l'anelasticità della domanda ed il meccanismo di formazione dei prezzi comporta che anche un comportamento istantaneo (*qui unum re perficiuntur*) possa essere qualificato come un abuso di posizione dominante.²¹⁴ La contrazione anomala dell'offerta nel mercato della vendita all'ingrosso dell'elettricità, precedentemente descritta, può dar luogo ad un abuso di posizione dominante individuale o collettiva che si verifica immediatamente, appena il comportamento è realizzato, senza bisogno di attendere alcun intervallo di tempo. Così, un produttore di elettricità verticalmente integrato che anche solo per poche ore decida di ridurre la propria offerta di energia nel mercato a monte della produzione di elettricità, può avere l'effetto di creare un'improvvisa 'fiammata' dei prezzi dell'elettricità nella borsa elettrica allo scopo di praticare prezzi più alti nel mercato a valle della distribuzione di elettricità, con grave pregiudizio per i consumatori e per i concorrenti. Recentemente, il tribunale della concorrenza spagnolo ha accertato un caso di abuso della posizione dominante collettiva, realizzato da più imprese elettriche che, in un periodo di picco della domanda, avevano deciso di sfruttare l'anelasticità del mercato elettrico, attraverso una contrazione artificiosa e coordinata dell'offerta, realizzata in un brevissimo lasso di tempo, ma che è risultata in grado di causare una sensibile oscillazione dei prezzi dell'energia.²¹⁵

In sintesi, nei mercati dell'elettricità e del gas, un'impresa si trova in posizione dominante quando gode di una potenza economica che le consente di determinare unilateralmente la propria condotta sul mercato; in considerazione della struttura parcellizzata dei mercati energetici, la detenzione di una quota di mercato del 20-25% è un indice sintomatico del possesso di una posizione dominante, in particolare per le imprese verticalmente integrate. L'accertamento dell'imputabilità deve tener conto della mancanza di un vincolo diretto tra il possesso di un potere di mercato e la realizzazione dell'abuso. Nel caso dei mercati dell'elettricità e del gas, la dimensione temporale non andrebbe valutata come un indice presuntivo della sussistenza della fattispecie anticoncorrenziale, perché l'abuso può essere causato anche da atti istantanei e puntuali; il prolungarsi nel tempo della condotta abusiva non può essere utilizzato come elemento costitutivo della fattispecie abusiva, ma può invece venire in rilievo come aggravante ed essere valutata nella determinazione della sanzione.

²¹⁴ È il caso che si verifica quando, ad esempio, un'impresa in posizione dominante oppone il diniego di accesso alla rete.

²¹⁵ V. sentenza del 7 luglio 2004 del *Tribunal de competencia spagnolo*.

5.2 Prassi applicativa alle imprese energetiche.

In primis, è utile sottolineare come esista uno iato tra l'elevato numero di indagini condotte dalla Commissione ed i rari casi in cui la Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi in materia di abuso della posizione dominante nei mercati energetici. Questa discrepanza è dovuta non tanto alla (presunta) virtuosità delle imprese energetiche, quanto piuttosto a precise scelte di politica della concorrenza che hanno inciso sull'efficacia del sistema di controllo, con lo scopo di evitare il più possibile il ricorso alla fase contenziosa davanti ai giudici comunitari.

Da un lato, l'attivismo della Commissione nel settore delle concentrazioni delle imprese energetiche è servito ad anticipare la creazioni di nuove posizioni di potere di mercato, affidando alla struttura prognostica del controllo sulle concentrazioni il compito di prevenire il giudizio a posteriori previsto ex articolo 102 TFUE. Dall'altro, la natura ancora nazionale e non comunitaria dei mercati energetici ha fatto sì che le decisioni in materia di abuso di posizione dominante siano state assunte fino ad ora principalmente dalle giurisdizioni nazionali e dalle competenti autorità antitrust nazionali.²¹⁶ Nella prospettiva del decentramento della concorrenza, istituito dal regolamento 1/2003 CE, il coordinamento tra le autorità antitrust nazionali (Autorità per la concorrenza ed Autorità dell'energia ove presenti entrambi come in Italia) e la Commissione ha determinato il progressivo slittamento del piano delle indagini sulla concorrenza, dal livello comunitario al livello antitrust nazionale. L'applicazione concreta dell'articolo 82 CE (ora art. 102 TFUE) nei mercati energetici ha scontato anche la complementarietà della disciplina in esso contenuta rispetto alla legislazione specifica nel settore dell'energia (es. direttive 2003/54/CE e direttiva 2003/55/CE). La puntuale e corretta applicazione del diritto dell'Unione è stata verificata più in termini di controllo della compatibilità delle normative nazionali di attuazione, rispetto alla normativa di diritto derivato dell'energia, che in termini di compatibilità dei casi concreti di abuso rispetto all'art. 102 TFUE.

Tale complementarietà, non di rado, sembra degradare nel giudizio della Corte di Giustizia sul piano della specialità della legislazione di settore, rispetto alle norme di diritto primario della concorrenza.²¹⁷

²¹⁶ Di recente in Italia, v. Sentenza del 16 settembre 2006, Corte di Appello di Milano, *Avir c. ENI*, con commento di F. POLETTINI, 'Concorrenza nel mercato del gas: dopo l'Autorità antitrust si pronuncia anche il giudice ordinario' in *Il diritto industriale*, 2/07, pp. 155-163.

²¹⁷ Con un approccio non del tutto convincente, il rifiuto di accesso alla rete operato da un'impresa in posizione dominante viene dichiarato (solo) in violazione dell'articolo 20 della direttiva 2003/54/CE, piuttosto che (anche) in violazione dell'articolo 82 CE (ora art. 102 TFUE).

Premesse queste considerazioni preliminari, la prassi applicativa dell'articolo 102 TFUE alle imprese energetiche consente di individuare, all'interno del quadro fenomenologico generale relativo agli abusi di posizioni dominanti, alcune categorie di ipotesi abusive sufficientemente caratterizzate dalla giurisprudenza comunitaria, con particolare riferimento alle pratiche di prezzi abusivi, al tying, al divieto di accesso alla rete ed al divieto di distribuzione.

5.3. Prezzi sottocosto, prezzi eccessivi e prezzi discriminatori

Proprio in riferimento alla formazione dei prezzi nel mercato della produzione dell'elettricità si possono notare alcune peculiarità dei casi energetici di sfruttamento abusivo della posizione dominante. Uno dei principali strumenti che un'impresa ha per determinare il proprio comportamento sul mercato è quello della politica dei prezzi praticati. Le imprese che detengono una posizione dominante godono di un minore margine di discrezionalità nella definizione della loro politica dei prezzi, in quanto la disciplina antitrust vigila affinché un determinato prezzo non realizzi uno sfruttamento abusivo della posizione dominante a detrimento del mercato e dei consumatori. In generale, sono oggetto di particolare indagine da parte delle autorità di vigilanza della concorrenza i prezzi sottocosto, i prezzi eccessivi ed i prezzi discriminatori.

Il fenomeno del prezzo sottocosto si ha quando un'impresa pratica un prezzo che è inferiore al costo marginale; se la premessa è che un'impresa pratica un prezzo per ottenere un profitto, la conseguenza è che laddove il prezzo sia inferiore al costo, la vendita del bene determinerebbe una perdita per l'impresa. In tale ipotesi, l'unica razionalità economica del comportamento dell'impresa consiste nel fatto che la vendita venga posta in essere al solo scopo di eliminare la concorrenza da parte delle imprese che operano sullo stesso mercato e che non possono sostenere la stessa politica dei prezzi per un prolungato periodo di tempo. Da queste premesse economiche, consegue sul piano giuridico che la pratica del prezzo sottocosto non è di per sé vietata, ma diventa una condotta sussumibile entro la qualificazione di fattispecie abusiva, se non viene realizzata per un limitato periodo di tempo, ovvero su una determinata quantità di prodotti. Tale assunto, ormai consolidato nell'analisi economica del diritto, trova ostacoli nei mercati energetici perché le variabili di formazione dei costi dell'energia sono talmente numerose, che non esistono, almeno per il momento, sicuri ed affidabili

modelli di definizione della curva dei costi marginali dell'energia.²¹⁸ In breve, come si può distinguere tra prezzo abusivo (vietato), perché inferiore al costo marginale, e prezzo basso (consentito) quando non si conosce il costo marginale dell'elettricità? Analogamente, lo stesso ragionamento può essere fatto valere in riferimento ai prezzi eccessivi. Poiché le imprese sono libere di determinare il prezzo di un bene, in condizioni normali di mercato se il prezzo è troppo alto saranno i consumatori a prediligere l'acquisto dello stesso bene praticato da un'impresa concorrente ad un prezzo minore. Un prezzo alto diventa eccessivo quando è privo di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita; mentre la pratica dei prezzi alti è lecita e viene normalmente 'sanzionata' dalla scelta dei consumatori di acquistare beni comparabili a prezzi minori,²¹⁹ la pratica di un prezzo eccessivo viene sanzionata dalla autorità della concorrenza, in quanto integra l'ipotesi di abuso della posizione dominante, quando i consumatori non hanno alcuna possibilità di scelta e sono obbligati ad acquistare il bene al prezzo imposto dal produttore. Nel caso di beni indispensabili, ovvero necessari a qualsiasi prezzo perché non sostituibili con altri prodotti, come sono i beni energetici, come si riesce a distinguere tra prezzo alto e prezzo eccessivo, se non vi sono univoci elementi per sindacare la ragionevolezza tra il valore economico della prestazione fornita ed il prezzo praticato?

L'indagine sulla compatibilità della politica dei prezzi praticati dalle imprese energetiche con la fattispecie di abuso della posizione dominante dovrebbe avere riguardo alla razionalità economica del prezzo

²¹⁸ In sede contenziosa, risulta particolarmente arduo l'assolvimento dell'onere probatorio che consiste nel dimostrare che un prezzo di costo praticato da un'impresa in posizione dominante, sia inferiore al costo marginale di produzione; la dimostrazione della pratica dei prezzi predatori presuppone la conoscenza di una serie di dati sensibili relativi alla struttura del costo di un bene, alla curva dei costi di produzione (fissi e variabili) di un'impresa. Per l'analisi giuridica della pratica dei prezzi predatori, si rinvia alle argomentazioni dei giudici comunitari nella sentenza 30 gennaio 2007, nella causa T-340/03, *Wanadoo*, ed alla giurisprudenza ivi citata.

²¹⁹ Nelle ottimistiche previsioni della Commissione, la recente apertura dei mercati energetici alla concorrenza avrebbe dovuto scatenare una *guerra* al ribasso dei prezzi. Le istituzioni comunitarie si aspettavano che le imprese in posizione dominante sarebbero giunte a praticare prezzi predatori, con l'abbattimento dei prezzi delle bollette anche sotto il prezzo di costo dell'elettricità, pur di mantenere le loro posizioni di mercato e dissuadere nuovi operatori dall'ingresso nei mercati energetici. Le preoccupazioni della Commissione si sono rilevate infondate ed i prezzi delle bollette energetiche sono rimasti pressoché inalterati, se non addirittura aumentati al netto del costo delle materie prime, dimostrando come i modelli astratti di previsione difficilmente possono essere validi, se trasposti senza i necessari adattamenti che i mercati energetici richiedono. Non è invece infondata la preoccupazione della Commissione nel ritenere particolarmente pericolosa la politica dei prezzi predatori nei mercati energetici, a causa degli alti costi di ingresso che rendono più difficile il rientro delle imprese eliminate (vedi *Akzo* in C-62/86, prec. cit.).

fissato, in quanto l'abuso si verifica quando un prezzo è privo di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita o del bene venduto; la sproporzione deve essere valutata obiettivamente in base al rapporto tra il prezzo di vendita del bene ed il suo costo di produzione, dal cui raffronto risulterebbe l'entità del margine di profitto. Il problema è che il criterio della razionalità economica è un indice mobile, per sua natura fluido, il cui utilizzo dipende dalle conoscenze in possesso al momento del verificarsi del comportamento oggetto di indagine, relative alla modalità di incidenza, nella formazione dei prezzi dei beni energetici, delle componenti naturali, economiche e regolatorie.²²⁰

Per poter promuovere e tutelare la concorrenza nei mercati dell'offerta di energia elettrica è necessario prima riformare gli strumenti di analisi del mercato rilevante. In attesa di una riforma del sistema comunitario di monitoraggio e di accesso alle informazioni su dati sensibili che riguardano il mercato della generazione dell'energia elettrica, l'unico parametro certo di giudizio di cui al momento dispongono le istituzioni comunitarie, e sul quale si dovrebbe fondare il sindacato giurisdizionale dei giudici comunitari nei casi di concorrenza energetica, riguarda la pratica dei prezzi discriminatori, perché questo elemento è l'unico che al momento può dar luogo a criteri oggettivi di valutazione. La pratica dei prezzi discriminatori costituisce un abuso quando si consente ad un'impresa in posizione dominante di applicare, nei confronti delle controparti commerciali, condizioni di prezzo diverse per prestazioni equivalenti.

I prezzi discriminatori possono essere applicati direttamente quando l'impresa pratica per la stessa prestazione condizioni economiche, ovvero indirettamente, quando l'impresa ha il potere di influenzare la curva dei costi dell'impresa concorrente, costringendola ad aumentare il prezzo della propria prestazione.²²¹ Un'impresa verticalmente integrata, che operi nel mercato elettrico in posizione dominante, invece di abbassare i propri costi ed esporsi al rischio di un'indagine antitrust sui prezzi sottocosto, potrebbe decidere di far alzare i costi di produzione della concorrente, al fine di ottenere il vantaggio concorrenziale di praticare comunque un prezzo inferiore nella distribuzione dell'elettricità.

²²⁰ Problema specifico, ed ancora inesplorato, riguarda l'incidenza della normativa comunitaria sugli scambi delle quote di emissione di Co2 sui meccanismi di formazione dei prezzi dell'energia.

²²¹ Questa pratica è conosciuta come '*price on margin squeeze*' e, qualora sussistano tutte le altre condizioni previste dalla normativa antitrust comunitaria, può costituire una violazione dell'articolo 102 TFUE.

Le imprese verticalmente integrate possono decidere di aumentare i prezzi elettrici nei mercati a monte,²²² in modo da fare crescere i costi dell'impresa concorrente e dunque avere un vantaggio competitivo nei mercati a valle. Siamo ancora una volta dinanzi ad un caso in cui la politica della concorrenza richiederebbe un intervento legislativo di armonizzazione a livello comunitario, per poter operare correttamente e garantire la prevedibilità, la trasparenza del mercato e la certezza del diritto, sia sul piano degli strumenti di prevenzione, sia sul piano degli strumenti sanzionatori, rispetto agli abusi eventualmente accertati.

Il legislatore europeo potrebbe istituire un meccanismo per valutare la razionalità economica dei prezzi dell'energia attraverso due strumenti: il primo, consiste nello svincolare il prezzo dell'elettricità e del gas dai meccanismi di indicizzazione dei prezzi al petrolio; il secondo, riguarda la creazione di una borsa europea dell'elettricità (sul modello del sistema anglosassone) dove la contrattazione dei prezzi dell'elettricità possa avvenire con regole uniformi e trasparenti per tutte le imprese energetiche abilitate a contrattare i prezzi.

5.4. La vendita collegata di elettricità e gas.

La vendita collegata non è, di per sé, un illecito antitrust, ma integra gli estremi della fattispecie abusiva quando è realizzata da un'impresa in posizione dominante, in un dato mercato, allo scopo di estendere il proprio potere economico nel mercato del prodotto collegato.

Quando un'impresa in posizione dominante impone ai consumatori una vendita collegata di prodotti che appartengono a mercati merceologici distinti, senza determinare incrementi di efficienza del mercato, in grado di controbilanciare gli effetti anticoncorrenziali che essa produce, viola l'articolo 102 TFUE.²²³ Una vendita collegata può costituire un abuso di posizione dominante se, all'acquisto di un determinato prodotto, si impone ai consumatori l'acquisto di un prodotto collegato, che non sarebbe richiesto per sua natura o in base agli usi commerciali, ovvero se l'impresa in posizione dominante rifiuta unilateralmente di vendere il proprio prodotto, se non congiuntamente ad un altro prodotto.

²²² Ad esempio, attraverso la contrazione dell'offerta nel mercato della vendita all'ingrosso di energia, ovvero attraverso l'aumento delle tariffe per l'accesso alla rete.

²²³ Per la giurisprudenza in materia di vendita collegata si rinvia, in particolare, alla sentenza del Tribunale del 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft*, prec. cit.; sentenza del Tribunale 12 dicembre 1991, causa T-30/89, *Hilti*, in *Racc.* pag. II-1439, confermata con sentenza della Corte 2 marzo 1994, causa C-53/92 P, *Hilti*, in *Racc.* pag. I-667; sentenze 6 ottobre 1994 e 14 novembre 1996, *Tetra Pak*, prec. cit., punti 293 e ss.

Nel caso specifico dei mercati energetici, si tratta di analizzare se sussistano le condizioni di una vendita collegata, in violazione dell'articolo 102 TFUE, quando una società dominante nel mercato della fornitura di elettricità, faccia una 'dual offer' nel mercato del gas, imponendo un collegamento negoziale tra la vendita di gas e la vendita di elettricità.

Per analizzare la compatibilità delle offerte collegate di elettricità e gas, occorre in primo luogo analizzare se i prodotti collegati sono naturalmente connessi, ovvero se appartengono a prodotti distinti. Alla luce dell'art. 102 TFUE, il carattere distinto dei prodotti deve essere valutato tenendo conto della natura dei beni,²²⁴ ovvero della domanda dei consumatori. In riferimento alla valutazione del carattere distintivo sulla base degli usi commerciali, occorre stabilire se esiste una domanda indipendente per un presunto prodotto collegato, oppure se i prodotti hanno carattere distinto, poiché non sono perfettamente sostituibili e sono diversi sul piano della funzionalità.

Sebbene l'integrazione della funzionalità di elettricità e gas sia sempre più evidente e costituisca una tappa naturale del processo di avvicinamento delle due fonti di calore per determinati usi e, più in particolare, per il riscaldamento domestico, sembra corretto ritenere che, *rebus sic stantibus*, elettricità e gas non siano beni perfettamente sostituibili. Prova della natura autonoma e distinta dei beni energetici, è la diversità strutturale della domanda di fabbisogno energetico, anelastica per l'elettricità, ed elastica, se non addirittura stagionale, per il gas²²⁵. Al momento, non sembra dunque che vi sia alcuna ragione oggettiva o naturale perché gas ed elettricità debbano essere venduti insieme e dunque si deve ritenere che un'impresa in posizione dominante che si rifiuti di fornire energia. Alla luce di queste premesse si deve considerare come, nonostante l'inerzia della Commissione in materia di vendita collegata di prodotti energetici, vi possono essere pratiche sospette che potrebbero (*rectius*: dovrebbero) formare oggetto di indagine ai sensi dell'articolo 102 TFUE. Per esempio, nel caso in cui un'impresa in posizione dominante imponga contrattualmente che la vendita di elettricità sia condizionata alla vendita di gas (o viceversa) si può avere una forma di *tying* contrattuale²²⁶ vietato dal diritto dell'Unione, poiché

²²⁴ In merito alla distinzione merceologica dei prodotti energetici, si rinvia alla precedente trattazione relativa al riconoscimento dei caratteri distintivi di elettricità e gas in materia di individuazione del mercato merceologico rilevante (§ Cap. II par. 1.1.)

²²⁵ La domanda di gas è alta nei periodi invernali ed è bassa nei periodi estivi a causa dell'utilizzo preponderante del gas come fonte di calore per il riscaldamento domestico.

²²⁶ Sulla nozione di vendita abbinata nella giurisprudenza comunitari v., in particolare, sentenza del Tribunale 17 settembre 2007, in causa T- 202/04, *Microsoft*, punti 850 e ss.; sentenza del Tribunale 12 dicembre 1991, causa T-30/89, *Hilti*, Racc. pag. II-1439, confermata con sentenza

in caso di vendite abbinate esclusive, la vendita abbinata di un dato prodotto e di un prodotto dominante determina di per sé un effetto di esclusione dal mercato, vietato dall'articolo 102 TFUE, salvo che la vendita collegata non venga giustificata da ragioni obiettive. Oppure la stessa ipotesi può integrare gli estremi del *tying* economico e si verifica quando un'impresa dominante nel mercato elettrico decide di collegare alla vendita di elettricità, l'erogazione di incentivi economici, sconti fidelizzanti o ulteriori condizioni di vantaggio economico, perché il consumatore acquisti presso la stessa rete di distributori la fornitura di gas o di altri prodotti energetici (es. sconti fidelizzanti per il rifornimento di carburanti).

5.5. Altre ipotesi di violazione dell'articolo 102 TFUE

Ulteriori ipotesi di sfruttamento abusivo della posizione dominante sono state rinvenute dalla prassi della Commissione, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e dalle sanzioni emesse dalle Autorità nazionali della concorrenza, su una casistica eterogenea che ricomprende divieti di vendita di energia imposti a distributori autorizzati, divieti di importazione di energia, accordi di fornitura di lunga durata e pratiche di disinvestimenti nelle infrastrutture energetiche.

Il divieto di vendita di prodotti energetici imposto ai distributori autorizzati può costituire uno sfruttamento abusivo di posizione dominante, in quanto isola i mercati nazionali, limita gli sbocchi ed arreca un danno ai consumatori ed un grave pregiudizio al commercio tra gli Stati membri.²²⁷ Analogamente, come affermato dalla Corte di Giustizia nel celebre caso *Almelo* (*cf.* Cap. II, sez. I)²²⁸, anche il divieto di importazione di energia elettrica, imposto ad un distributore locale, costituisce un abuso di posizione dominante collettiva. L'art. 102 TFUE osta a che un'impresa di distribuzione regionale di energia elettrica, appartenente ad un gruppo di imprese detentore di una posizione dominante collettiva, applichi una clausola di approvvigionamento

della Corte 2 marzo 1994, causa C-53/92 P, *Hilti*, Racc. pag. I-667; sentenze 6 ottobre 1994 e 14 novembre 1996, *Tetra Pak*. Con particolare riguardo al *tying* contrattuale si rinvia in giurisprudenza alle cause *Telemarketing*, C-311/84 e *TetraPack II*, T-83/91.

²²⁷ Vedi il caso *Repsol*, *cit.*

²²⁸ Sentenza della Corte del 27 aprile 1994, C-393/92, *Almelo*, in Racc. 1994 p. I-01477. La Corte, dopo aver implicitamente riconosciuto che un'impresa incaricata del compito di provvedere alla fornitura di energia elettrica in una parte del territorio nazionale può svolgere un servizio di interesse generale, ha attribuito al giudice nazionale il compito di verificare se le restrizioni alla concorrenza imposte agli altri operatori economici fossero necessarie per consentire all'impresa distributrice regionale di svolgere il suo compito di interesse generale (il caso di specie riguardava l'imposizione di una clausola di approvvigionamento esclusivo che vietava ai distributori locali l'importazione di energia elettrica).

esclusivo contenuta nelle condizioni generali di vendita, che vieta ad un distributore locale di importare energia elettrica destinata alla pubblica distribuzione e che, tenuto conto del suo contesto economico e giuridico, pregiudica il commercio tra Stati membri.

I contratti di fornitura a lungo termine possono configurare contemporaneamente violazioni degli artt. 101 e 102 TFUE. In riferimento a quest'ultima ipotesi, tali contratti possono costituire uno sfruttamento abusivo della posizione dominante, quando sono conclusi da imprese dominanti, allo scopo di ostacolare l'accesso ai mercati a valle, ed escludere altri operatori dal mercato. Gli operatori storici dei mercati energetici possono consolidare la loro posizione di mercato attraverso l'utilizzo di contratti di fornitura di lunga durata, al deliberato scopo di irrigidire le barriere di accesso ai loro mercati e disincentivare l'ingresso di nuovi concorrenti.²²⁹ Questa ipotesi costituisce una flagrante violazione dell'articolo 102 TFUE, a meno che le società che sono parti contraenti dell'accordo di fornitura, non forniscano la prova delle efficienze compensative conseguite dai contratti in questione ad esclusivo vantaggio dei consumatori.²³⁰

Infine, anche pratiche di sottoinvestimenti²³¹ nelle infrastrutture energetiche realizzate da imprese in posizioni dominanti possono integrare gli estremi dell'abuso di posizione dominante. Gli operatori storici, dotati di una struttura societaria verticalmente integrata con attività sia nella fase a monte della trasmissione di energia, sia nella fase a valle della fornitura, potrebbero decidere scientemente di non investire nelle reti energetiche per ostacolare l'accesso di nuovi concorrenti. L'Antitrust italiana ha recentemente sanzionato per abuso di posizione dominante la società ENI, operatore storico verticalmente integrato nel mercato italiano del gas,²³² per aver deliberatamente bloccato un progetto

²²⁹ Nel 2007 la Commissione ha aperto una procedura di indagine nei confronti di EDF ed Electrabel per valutare la compatibilità con l'articolo 82 CE degli accordi di fornitura di lunga durata, conclusi dalle imprese interessate, con lo scopo di consolidare, per tale via, le rispettive posizioni dominanti nei mercati di distribuzione dell'elettricità in Francia ed in Belgio. Nella stesso filone si inserisce l'indagine antitrust avviata dalla Commissione nel 2008 nei confronti della società tedesca E.On.

²³⁰ V. Caso *Distrigaz* prec. cit., caso *E.ON-Ruhrgas* prec. cit., caso *GAS Natural / Endesa* prec. cit.

²³¹ Nella categoria dei sottoinvestimenti rientrano la carenza, il ritardo e le tattiche dilatorie rispetto all'ampliamento delle infrastrutture energetiche.

²³² Un operatore di rete che non abbia interessi anche nel mercato della fornitura di energia non avrebbe alcun incentivo ad ostacolare l'espansione della capacità di transito dell'energia, in quanto tale espansione significherebbe un incremento dei profitti per lo stesso operatore di rete. Laddove invece vi sia una società verticalmente integrata, ridurre o non espandere la capacità della rete significa ostacolare l'ingresso nel mercato di nuovi competitori nel mercato della fornitura. Secondo il ragionamento dell'Antitrust italiana, la società Eni aveva adottato tattiche dilatorie sugli investimenti del gasdotto, perché in conflitto di interessi con il mercato italiano della distribuzione di gas. Il conflitto di interessi tra le attività di gestione della rete e le attività di

di investimento sull'ampliamento di un gasdotto di importazione tra la Tunisia e la Sicilia (c.d. TTPC) allo scopo di avvantaggiare il proprio ramo aziendale della fornitura, privando i concorrenti dell'accesso ad una capacità addizionale di transito del gas.²³³ I sottoinvestimenti costituiscono un anello debole della politica energetica europea, sia perché ostacolano la libera concorrenza, creando una barriera all'accesso dei mercati energetici da parte di nuovi concorrenti, sia perché minacciano la sicurezza degli approvvigionamenti, in quanto non consentono di adeguare la capacità di trasmissione delle reti elettriche e dei gasdotti, alla crescita della domanda di energia da parte dei consumatori europei.

5.6. Articolo 102 TFUE ed energia: conclusioni

In conclusione, per il momento sono stati relativamente rari i casi di applicazione dell'articolo 102 TFUE al settore dell'energia; tuttavia è facile ipotizzare come la situazione sia soggetta ad un rapido cambiamento, alla luce di una serie di nuovi elementi di fatto e di diritto. Dal punto di vista fattuale, la scarsa competitività delle imprese europee rispetto alle imprese concorrenti delle nuove economie emergenti è dovuta (anche) ai costi di produzione, tra cui pesa in maniera preponderante il costo dell'energia. L'accresciuta consapevolezza di questo gap competitivo rende sempre più prioritario l'obiettivo dell'Unione europea di accelerare la creazione del mercato interno dell'energia, fondato sulla libera concorrenza delle imprese energetiche. In prospettiva futura, l'adozione del terzo pacchetto legislativo in materia di energia avvierà una nuova fase di monitoraggio e controllo della Commissione e della Corte di Giustizia sui casi di non puntuale applicazione della normativa comunitaria antitrust da parte delle imprese energetiche.

L'analisi del diritto antitrust nella materia energetica ha messo in evidenza come siano sempre più frequenti i casi di accertamento delle fattispecie abusive della posizione dominante, con particolare riferimento

distribuzione del gas aveva inciso nella decisione di bloccare gli investimenti nell'espansione della capacità del gasdotto; la decisione di sottoinvestimento è stata condannata, in quanto costituisce un abuso della posizione dominante, poiché ostacola la concorrenza nel mercato italiano della distribuzione di gas, e compromette severamente la sicurezza degli approvvigionamenti energetici nel mercato italiano.

²³³ L'Autorità italiana garante della concorrenza con la decisione n. A358 del 15 febbraio 2006 ha condannato la società Eni al pagamento di una sanzione pecuniaria pari a 290 milioni di euro ed ha ordinato alla stessa società di immettere sul mercato, a partire dal 1 Ottobre 2008, 6.5 bilioni di metri cubi di capacità addizionale di transito di gas, da distribuire ai terzi secondo criteri di accesso non discriminatori.

alle pratiche relative ai prezzi discriminatori, al diniego di accesso alla rete, alla vendita collegata di elettricità e gas.

In riferimento all'analisi della politica dei prezzi, è stato evidenziato come l'indagine sugli abusi dovrebbe concentrarsi sulla pratica dei prezzi discriminatori, piuttosto che sulle pratiche relative ai prezzi sottocosto ed ai prezzi eccessivi, poiché gli attuali meccanismi di controllo e monitoraggio sul sistema di formazione dei prezzi dell'elettricità, non consentono di conoscere adeguatamente la struttura dei costi marginali dell'elettricità e dunque rischiano di conferire un margine di discrezionalità troppo ampio alla Commissione, con grave danno alla prevedibilità delle situazioni giuridiche soggettive e con pregiudizio della certezza del diritto.

Per ciò che concerne la vendita collegata tra l'elettricità ed il gas, l'indagine dimostra che tale pratica può costituire un abuso della posizione dominante quando è posta in essere da una società energetica che si trova in una posizione dominante e vuole estendere il proprio potere economico nel mercato del prodotto collegato. Al momento, nonostante il processo di graduale sostituibilità dei beni energetici, non sussistono ragioni oggettive perché gas ed elettricità debbano essere venduti insieme, in quanto rimangono prodotti distinti, sia per loro natura, sia in base agli usi commerciali per il cui impiego sono richiesti.

Infine, esiste una casistica miscellanea che raccoglie eterogenee ipotesi di fattispecie abusive, il cui accertamento è sempre più frequente, tenuto conto della preoccupazione delle autorità antitrust di individuare e sanzionare l'irrigidimento delle barriere di accesso ai mercati che ostacolano la concorrenza e consolidano le posizioni dominanti degli operatori storici.

La garanzia della corretta applicazione del diritto antitrust comunitario nei mercati energetici richiede una forma di collaborazione sempre più stretta tra le autorità antitrust europee e nazionali in armonia con il decentramento del sistema attuato con il regolamento 1/2003. Tuttavia, la cooperazione orizzontale delle autorità regolatorie rischia di non essere sufficiente a garantire la puntuale applicazione del diritto della concorrenza, se non si accompagna ad un processo di riforma degli strumenti di analisi e monitoraggio dei mercati energetici (che siano idonei a rilevarne le peculiarità) e se non viene previsto un rafforzamento degli strumenti sanzionatori, sia di tipo comportamentale che strutturale, a carico delle imprese energetiche responsabili dello sfruttamento abusivo delle posizioni dominanti.

6. La disciplina degli aiuti di Stato nell'energia

La disciplina degli aiuti di Stato completa la da normativa sulla concorrenza vietando, a determinate condizioni, che l'intervento statale possa attribuire un vantaggio competitivo a talune imprese con l'effetto di alterare, in questo modo, la libera concorrenza. L'esistenza di monopoli naturali nei mercati della distribuzione dell'energia aveva per lungo tempo condizionato la struttura delle società energetiche che erano prevalentemente società pubbliche. Il progresso tecnologico ha profondamente modificato lo scenario dei mercati energetici, consentendo anche alle imprese private di competere nei vari mercati della produzione, del trasporto e della distribuzione di energia. Le resistenze degli operatori storici (ex monopolisti) all'ingresso delle imprese private hanno ottenuto il *placet* (se non un deciso sostegno) da parte dei governi nazionali, decisi a mantenere rapporti privilegiati con i loro '*campioni nazionali*'.

In altre parole, la privatizzazione delle società energetiche che detenevano il monopolio del mercato non ha determinato, di per sé, il definitivo allontanamento dello Stato dall'intervento pubblico nei mercati energetici, quanto semmai un rimodulamento dei rapporti tra i finanziamenti pubblici e le società private che operano nei mercati in esame.

Se il processo di liberalizzazione dei mercati energetici ha tentato (finora invano) di sciogliere, sul piano normativo, i legami tra gli Stati membri e gli operatori storici, per erodere le barriere nazionali e permettere l'ingresso nel mercato di nuovi concorrenti, il controllo sulla compatibilità dei finanziamenti pubblici alle imprese energetiche ha dovuto fare i conti, sul piano dell'applicazione concreta della disciplina sugli aiuti di Stato, con un panorama di casi difficili da individuare e risolvere. In nome della sicurezza degli approvvigionamenti energetici, gli Stati membri hanno lungamente esercitato una penetrante politica industriale nel campo dell'energia, attraverso incentivi, sussidi e forme miste di investimento pubblico – privato in progetti di interesse nazionale. Storicamente, gli Stati hanno protetto i campioni nazionali, agendo sul tradizionale strumento della leva fiscale, attraverso l'elargizione di generose agevolazioni nei confronti delle società energetiche nazionali. Più recentemente, gli Stati membri hanno invocato esigenze di rilancio di settori in crisi per reintrodurre surrettiziamente alcune forme di protezionismo strisciante nei confronti delle imprese nazionali con incentivi concessi, a vario titolo, per la produzione locale di energia 'verde'. Attualmente, il problema più delicato riguarda il bilanciamento tra il diritto della concorrenza e l'esigenza di tutela dell'ambiente, con particolare riferimento ai contrasti che possono

sorgere in merito alla compatibilità tra la normativa comunitaria in favore delle energie rinnovabili e la disciplina degli aiuti di Stato.

6.1 Gli aiuti di Stato nel Trattato CECA

I padri fondatori delle Comunità europee avevano tenuto in debito conto la strumentalità delle fonti energetiche rispetto alle politiche economiche ed industriali dei singoli Stati membri, prevedendo una disciplina speciale in materia di finanziamenti pubblici a sostegno della ricerca e delle attività economiche delle imprese energetiche, che operano nei mercati del carbone e dell'acciaio.

Infatti, il Trattato CECA del 1952 conteneva specifiche disposizioni in materia di aiuti di Stato nel mercato carbo-siderurgico, parzialmente difformi rispetto alle successive norme di diritto comune della concorrenza, previste dal Trattato di Roma del 1957.

L'articolo 4 del Trattato CECA non prevedeva, ad esempio, tra le condizioni di applicabilità del divieto di aiuto di Stato, il requisito della distorsione nel commercio transfrontaliero, estendendo l'ambito di applicazione della normativa anche ad ipotesi meramente interne.

Inoltre, il divieto di aiuti di Stato aveva carattere assoluto, in quanto non era prevista alcuna delle ipotesi derogatorie ammesse invece dalla disciplina di diritto comune.

In sede di applicazione concreta della normativa, l'Alta Autorità (in seguito, Commissione) aveva cercato di attenuare le divergenze regolatorie previste inizialmente tra i due trattati ed anche la Corte di Giustizia aveva depotenziato le possibili contraddizioni, assegnando alla disciplina sugli aiuti di Stato, prevista dal Trattato CECA, un carattere 'residuale' rispetto all'analoga disciplina prevista dal Trattato di Roma.

In effetti, sul piano della teoria generale, si pone preliminarmente un problema di relazioni tra le norme del Trattato CECA e le norme del Trattato CE che, come si vedrà in seguito, l'estinzione del Trattato CECA nel 2002 ha attenuato, ma non del tutto risolto.

L'articolo 305 CE (abrogato con il TFUE) è una norma di sistema che regolava i rapporti tra le Comunità, la cui autonomia funzionale non era venuta meno a seguito del Trattato di Bruxelles del 1965 sulla fusione degli esecutivi, perché l'unificazione delle istituzioni non incide sul fatto che le stesse siano chiamate ad esercitare i loro poteri, in conformità alle disposizioni previste da ciascuno dei Trattati. Si è ampiamente dibattuto in dottrina sul valore normativo da attribuire alla diversa formulazione tra il primo (le disposizioni del trattato *non modificano* quelle del Trattato

CECA)²³⁴ ed il secondo comma (le disposizioni *non derogano* quelle della CEEA) dell'articolo 305 CE.²³⁵

Secondo una dottrina minoritaria, l'articolo 305 CE intendeva regolare i rapporti tra le disposizioni dei tre trattati, secondo un principio gerarchico per cui, al Trattato di Roma del 1957, andava riconosciuta una forza normativa prevalente rispetto alle norme degli altri Trattati comunitari.

La dottrina maggioritaria sosteneva invece che l'articolo 305 CE intendesse regolare i rapporti tra le diverse normative secondo il principio di specialità; in tal senso, la distinta formulazione si giustificava, non per graduare la diversa resistenza normativa rispetto al Trattato CEE, ma per collocare le disposizioni di ciascun trattato nel corretto arco temporale, poiché il Trattato CECA era stato stipulato anteriormente e dunque le sue norme potevano essere soggette all'abrogazione tacita, nel caso in cui non fosse stato espressamente riconosciuto il loro carattere di *lex specialis*, mentre per il Trattato CEEA la medesima questione non assumeva rilevanza, essendo entrato in vigore contemporaneamente al trattato CEE.

In riferimento al rapporto tra il Trattato CECA ed il Trattato CE, è ormai pacifico che l'articolo 305 CE debba essere interpretato nel senso che, qualora determinate questioni non siano espressamente disciplinate dal Trattato CECA (*lex specialis*) o dalle norme adottate in forza di esso, il Trattato CE (*lex generalis*) e le sue disposizioni attuative si possono applicare anche ai prodotti del carbone e dell'acciaio.²³⁶

²³⁴ Per una ricostruzione del dibattito dottrinario in materia si rinvia a VEDDER, *Art. 232*, in GRABITZ, HILF, (a cura di) *Kommentar zum Europäischen Union*, Monaco, 1997; Petersmann, *Art. 232*, in GROEBEN, THIESING, EHLERMANN (a cura di) *Kommentar zum EU-EG Vertrag*, Baden-Baden, 1997, p. 5715 e ss.; I. PALANDRI, *Articolo 305 CE* in F. POCAR (a cura di) *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, cit., pp. 1015-1016.

²³⁵ In riferimento al rapporto tra la disciplina della concorrenza e le norme del Trattato Euratom, si rinvia a BELLAMY, CHILD, *Common market law of competition*, pp. 16-27; A. FRIGNANI, M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino 1996, p. 43 e ss.; J. VAN BAEL, J. F. BELLIS, *Il diritto della concorrenza nella CE*, Torino 1996, p. 1002 e ss.; G. ISAAC, *Droit communautaire*, Parigi 1994, p. 119 e ss.

²³⁶ 'Secondo l'articolo 232, n. 1., del Trattato CEE, le disposizioni di detto trattato non modificano quelle del trattato CECA, in particolare per quanto riguarda i diritti e gli obblighi degli Stati membri, i poteri delle istituzioni di tale Comunità e le norme sancite da tale trattato per il funzionamento del mercato comune del carbone e dell'acciaio. La lettera stessa della norma impone che essa sia interpretata nel senso che, limitatamente a questioni non disciplinate dal trattato CECA o da una regolamentazione adottata in forza di esso, il trattato CEE e le disposizioni emanate per la sua attuazione si possono applicare a prodotti rientranti nel trattato CECA'. Così Sentenza della Corte del 15 dicembre 1987, *Deutsche Babcock Handel GmbH c. Hauptzollamt Luebeck-Ost*, Causa C-328/85, in *Racc.* 1987, p. 05119. Sul punto vedi anche la sentenza della Corte del 2 maggio 1996, *Hopkins c. National Power e Powergen*, causa C-18/94, in *Racc.* 1996, p. I-2281 e le conclusioni dell'Avvocato Generale Van Gerven, nella sentenza della

L'articolo 305 CE individua nel principio di specialità il criterio di risoluzione delle antinomie giuridiche tra le disposizioni del trattato CECA e quelle del Trattato CE, derivandone che quest'ultimo si può applicare ai prodotti carbosiderurgici, nella misura in cui le questioni sollevate non costituiscono oggetto di specifiche disposizioni del Trattato CECA.²³⁷

Il dibattito dottrinario sembra aver perso molto del suo interesse in seguito alla scadenza del 2002 del Trattato CECA, perché la disciplina speciale in esso contenuta è stata assorbita dal diritto comune previsto dal Trattato di Nizza, salvo alcune disposizioni derogatorie delle quali però bisogna tener conto. Risulta semmai più interessante chiedersi come mai i diversi mercati energetici meritassero una diversa disciplina sugli aiuti di Stato, al fine di spiegare perché, ancora oggi, permangano disposizioni transitorie in favore di una applicazione *sui generis* delle norme del trattato CECA sugli aiuti di Stato.

Infatti, nonostante il Trattato CECA sia scaduto il 23 luglio del 2002 e le norme in esso contenute siano transitate, con le opportune modifiche, nel Trattato di Nizza, la normativa in materia di aiuti di Stato nel carbone e dell'acciaio non è ancora pienamente soggetta alla disciplina di diritto comune, poiché il regolamento CE n. 1407/02, in scadenza nel 31 Dicembre 2010, prevede una disciplina transitoria che mira a tutelare le specificità del mercato del carbone e dell'acciaio e delle imprese che vi operano.²³⁸ Le ragioni per le quali si è preferito seguire un percorso graduale di abbandono della disciplina degli aiuti di Stato nell'industria carboniera meritano di essere brevemente ripercorse. Il processo di ristrutturazione dell'industria carboniera non poteva essere perseguito senza il mantenimento degli aiuti di Stato, per una serie di motivi economici, politici e sociali. Dal punto di vista economico, bisognava considerare che la produzione comunitaria di carbone sarebbe rimasta ancora a lungo non concorrenziale rispetto al carbone importato e si dovevano dunque preparare le industrie carboniere europee ad attrezzarsi alla concorrenza globale. Dal punto di vista politico, il rafforzamento della sicurezza energetica dell'Unione, espressione del principio generale di precauzione, giustificava il mantenimento di una capacità autoctona di produzione carboniera e di un accesso a riserve

Corte del 13 aprile 1994, *Banks c. Ltd British Coal corporation*, causa C-128/92, in *Racc.* 1994 p. I-1209.

²³⁷ Nella sentenza della Corte del 24 ottobre 1985, *Geralach c. Ministre des affaires économiques*, causa C-239/84, in *Racc.* 1985 p. 3507, è stata negata ogni applicazione delle regole antidumping del Trattato CE al Trattato CECA, a motivo che il Trattato CECA contiene già delle regole a tale proposito.

²³⁸ Regolamento CE N. 1407/2002 del Consiglio del 23 luglio 2002 sugli aiuti di Stato all'industria carboniera in *GU L* 205 del 2.8.2002, pag. 1.

carboniere, tenendo conto dell'alto grado di dipendenza energetica dell'Unione rispetto ai Paesi terzi produttori di energia. Infine, bisognava tener conto delle conseguenze sociali ed occupazionali, causate dalla riduzione delle attività economiche, in alcune regioni europee tradizionalmente legate allo sviluppo dell'industria carboniera. L'insieme di queste ragioni ha finito col coagularsi nel dato normativo di cui all'articolo 3 del regolamento CE n. 1407/02, il quale stabilisce, in linea di principio, la generale e transitoria compatibilità degli aiuti all'industria del carbone, con il buon funzionamento del mercato comune.²³⁹ Gli aiuti di Stato vengono quindi mantenuti nel mercato carbosiderurgico, secondo un principio di diminuzione progressiva, che consente di erogare aiuti decrescenti al settore e permette agli Stati membri di prendere misure adeguate per procedere ad una riconversione sociale ed economica delle regioni colpite dalla ristrutturazione dell'industria carboniera. La normativa ha lo scopo di mantenere una produzione comunitaria minima di carbone sovvenzionata,²⁴⁰ consentendo la progressiva devoluzione degli aiuti, dal carbone verso le fonti di energia rinnovabili. Conformemente al principio di proporzionalità, la produzione di carbone sovvenzionata deve essere limitata allo stretto necessario per il raggiungimento dell'obiettivo di sicurezza energetica. Questo significa che gli aiuti di Stato, in favore delle imprese carboniere, dovranno comunque essere limitati alla copertura dei costi di investimento, ovvero alla copertura delle perdite sulla produzione corrente, al fine di garantire un piano di accesso alle riserve carboniere.

6.2. *Gli aiuti di Stato nel Trattato Euratom*

Il Trattato Euratom non contiene, di per sé, alcuna norma specifica in materia di aiuti di Stato nel mercato dell'energia nucleare.²⁴¹ La

²³⁹ L' articolo 3 n. 1. del Regolamento CE N. 1407/2002 recita: '*Gli aiuti all'industria del carbone possono essere considerati compatibili con il buon funzionamento del mercato comune soltanto se soddisfano le disposizioni del capo 2, fatti salvi i regimi degli aiuti di Stato relativi alla ricerca e allo sviluppo tecnologico, all'ambiente e alla formazione*'.

²⁴⁰ La sovvenzione di una produzione minima di carbone contribuirà a mantenere la posizione di avanguardia della tecnologia europea in fatto di estrazione e combustione pulita del carbone, consentendo di trasferirla nelle regioni grandi produttrici di carbone fuori dell'Europa, in particolare verso la Cina che è rapidamente diventato il più grande consumatore mondiale di carbone.

²⁴¹ Il problema principale affrontato dal Trattato Euratom non era la disciplina del mercato dell'energia nucleare, ma la tutela dell'approvvigionamento di materiali fissili, attraverso la creazione di un ente regolatore europeo (l'Agenzia) incaricata di tutelare il principio della parità di accesso alle risorse.

dottrina si è poco interessata del punto,²⁴² preferendo concentrarsi sulla questione più generale dei rapporti tra ordinamenti, così come definiti dall'articolo 305, par 2, CE. Vi sono al momento solo due casi in cui i giudici comunitari hanno affrontato il problema dell'applicabilità delle regole comunitarie sugli aiuti di Stato all'energia nucleare.²⁴³ L'indifferenza rispetto al tema può risultare pericolosa in un contesto di piena liberalizzazione dei mercati energetici, a causa degli effetti distorsivi sulla concorrenza che possono essere creati da un'esenzione generale dell'energia nucleare dalla disciplina comune della concorrenza. Il mercato della produzione di energia elettrica rischierebbe infatti di essere falsato, laddove uno Stato si assumesse i costi di gestione delle centrali nucleari. Invero, uno Stato può decidere di aiutare in molti modi le società produttrici di energia nucleare: i finanziamenti pubblici possono servire a pianificare investimenti a lungo termine per la creazione di centrali nucleari,²⁴⁴ possono compensare i costi di dispendiose attività di dismissione delle centrali nucleari obsolete (c.d. *decommissioning*), ovvero ancora possono servire per gestire il trattamento e lo stoccaggio delle scorie radioattive.

Benché i finanziamenti e le agevolazioni fiscali concessi alle imprese, che operano nel settore nucleare, rientrino astrattamente nel campo di applicazione degli aiuti di Stato, al momento non vi è mai stata alcuna declaratoria di illegittimità degli aiuti, perché l'utilizzo di risorse pubbliche viene giustificato dall'obiettivo di sicurezza, previsto dal Trattato Euratom.

La giustificazione per motivi di sicurezza sembra porsi come limite assoluto all'applicabilità del diritto della concorrenza e, più in particolare della normativa sugli aiuti di Stato nel mercato nucleare; tuttavia, l'esistenza di un motivo imperativo di carattere assoluto, non trova fondamento giuridico nella disciplina antitrust del Trattato CE, che non fa alcun riferimento espresso alla sicurezza nucleare. L'unico fondamento giuridico per un'interpretazione così stringente dovrebbe essere l'articolo 305 n. 2 CE, ove lo si interpreti nel senso che l'applicazione delle regole

²⁴² In riferimento al rapporto tra il diritto della concorrenza ed il Trattato Euratom si rinvia in dottrina a N. FALCONE, 'L'applicazione delle regole di concorrenza del Trattato CE al settore dell'energia nucleare' 1999, pp. 309-328.

²⁴³ Si veda, la sentenza della Corte, *Repubblica Francese, Repubblica Italiana, e Regno Unito di Gran Bretagna e dell'Irlanda del Nord contro Commissione*, del 6 luglio 1982, in cause riunite C-188,189,190/80, in *Racc.* 1992 p. 2545, e la sentenza del Tribunale del 15 settembre 1995, *Enu c. Commissione*, cause C-458/93 e C-523/93, in *Racc.* 1995, p. II-2459.

²⁴⁴ Il capitolo IV del Trattato Euratom è dedicato agli investimenti pubblici nel settore nucleare. Gli investimenti pubblici nel mercato nucleare sono, in linea generale, ammessi salvo la facoltà o, per i settori industriali previsti dall'allegato II, l'obbligo di notificare il progetto alla Commissione, per una valutazione sulla compatibilità del sussidio rispetto alle norme del Trattato Euratom.

del diritto dell'Unione è subordinata all'impossibilità di derogare ai contenuti specifici del Trattato Euratom.

Un'interpretazione troppo estesa del motivo della sicurezza nucleare, che viene in tal modo a qualificarsi come limite assoluto all'applicazione *tout court* del diritto dell'Unione in materia di aiuti di Stato e concorrenza, non appare condivisibile sotto più profili.

In primo luogo, dal punto di vista giuridico, la dialettica tra i due Trattati si fonda sul criterio della specialità, imponendo che una norma del Trattato CE sia applicabile al settore dell'energia nucleare se, e nella misura in cui, tale applicazione non crei una deroga al contenuto o agli obiettivi specifici del Trattato Euratom. Coerentemente, il carattere derogatorio non può essere invocato in termini astratti e generali, ma deve essere provato sulla base di un approccio caso per caso. In tal senso, si è pronunciata anche la Corte di Giustizia nell'unico caso in cui è stato affrontato il tema dell'estensione delle norme sugli aiuti di Stato al settore dell'energia nucleare. Nella causa *Francia contro Commissione*²⁴⁵ la Corte di Giustizia, argomentando sulla base dell'articolo 305 n. 2 CE, ha concluso che le norme sugli aiuti di Stato del Trattato CE sono applicabili all'energia nucleare, mentre incombe sulla parte ricorrente l'onere probatorio circa il carattere derogatorio delle norme applicabili rispetto agli obiettivi ed ai contenuti specifici del Trattato Euratom.²⁴⁶ Ne consegue che gli Stati, per poter chiedere l'esenzione dalla disciplina comune e dunque essere esonerati dall'obbligo di comunicazione dei finanziamenti pubblici, che possono dar luogo ad aiuti di Stato, devono prima riuscire a dimostrare che l'applicazione della normativa sugli aiuti di Stato ostacolerebbe il raggiungimento di quegli obiettivi di tutela dell'approvvigionamento nucleare o di sicurezza nucleare che il Trattato Euratom mira a garantire.

Una rigorosa applicazione delle norme sugli aiuti di Stato anche nel settore dell'energia nucleare è garanzia dell'uniformità delle regole del gioco per tutte le fonti di energia e merita particolare attenzione in un contesto regolatorio che spinge sempre più verso la creazione del mercato interno dell'energia e della concorrenza delle imprese energetiche, a prescindere dalla fonte primaria utilizzata per la produzione di energia elettrica.

²⁴⁵ Sentenza della Corte del 6 luglio 1982, *cit.* In riferimento ai rapporti tra Trattato CE e Trattato Euratom vedi, nella stessa causa, le conclusioni dell'avvocato generale Reischl.

²⁴⁶ Nel caso di specie, la Francia non aveva dimostrato che alcune disposizioni (art. 4) della Direttiva 80/723, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati Membri e le loro imprese pubbliche, derogavano i contenuti specifici del Trattato Euratom.

6.3. Gli aiuti di Stato in materia di energia nel TFUE

La disciplina sugli aiuti di Stato vive alla frontiera tra il mercato interno e la politica di concorrenza: l'affermazione del principio generale di incompatibilità degli aiuti di Stato con il mercato comune è il riflesso, sul piano giuridico, della scelta politica di riconoscere, nella libera iniziativa economica e nella libera concorrenza, gli strumenti ottimali di allocazione delle risorse, per le imprese e per i cittadini europei. Fondare un'economia di mercato sulla libertà di iniziativa economica significa, in positivo, lasciare che siano gli strumenti tipici del mercato e dunque, in primo luogo, il libero incontro tra la domanda e l'offerta, a determinare la migliore distribuzione delle risorse; in negativo, significa controllare l'uguaglianza tra gli operatori economici e tutelare sia la parità di condizioni delle imprese che operano nel mercato interno europeo, sia la parità di condizioni dei consumatori, a prescindere dalla nazionalità degli stessi. La disciplina in materia di aiuti di Stato serve dunque, in generale, a garantire che le risorse statali non vengano impiegate con intenti protezionistici, finalizzati ad alterare le condizioni di parità in cui devono muoversi gli operatori economici, per proteggere determinate imprese nazionali o determinati mercati nazionali.

Nel quadro di insieme designato dall'art 107 TFUE (già art. 87 CE) è necessario procedere ad una lettura unitaria dei tre commi dell'articolo *de quo*, poiché il riconoscimento dell'economia di mercato come pilastro del sistema economico europeo, non si traduce *sic et simpliciter* nell'affermare il principio dell'infallibilità del mercato. Sono gli strumenti di analisi del mercato che aiutano a disvelare l'esistenza di situazioni eterogenee (esternalità negative, asimmetrie informative, monopoli naturali) in cui si verificano i '*fallimenti del mercato*', con la conseguente incapacità del mercato di operare in modo efficiente, senza un intervento esterno da parte delle autorità pubbliche di regolazione.

Il riconoscimento della fallibilità degli strumenti di mercato diviene giustificazione teorica e scriminante nel giudizio di compatibilità operato dalla Commissione (eventualmente censurabile in sede giurisdizionale dai giudici comunitari) nei confronti degli interventi pubblici in economia.²⁴⁷ Attraverso il giudizio di compatibilità degli aiuti di Stato con il mercato comune,²⁴⁸ l'ordinamento comunitario non solo ha

²⁴⁷ Questo non vuol dire, in termini assoluti, che non sia possibile per la Commissione giudicare compatibili aiuti di stato in una situazione di assenza di condizioni di fallimento del mercato; significa solo che l'individuazione di tali condizioni è un presupposto logico indefettibile, nel bilanciamento di interessi contrapposti e nella valutazione, in concreto, dell'efficacia della misura degli aiuti di stato, rispetto allo scopo correttivo delle distorsioni della struttura del mercato.

²⁴⁸ Il giudizio di compatibilità della Commissione in materia di aiuti di Stato è complesso ed articolato che si risolve in un bilanciamento di interessi contrapposti. La prospettiva dalla quale

delineato un embrione di politica industriale, via via sempre più complesso ed articolato, ma ha anche fatto emergere l'esistenza di beni superiori o equiparati alla concorrenza, che devono essere correttamente bilanciati con i principi del libero mercato. La selezione dei criteri per individuare i finanziamenti pubblici alle imprese compatibili con il mercato comune ha quindi consentito il bilanciamento tra le regole della concorrenza di mercato e altri obiettivi comunitari di interesse generale. Se queste premesse sono valide sul piano del diritto antitrust, risultano ancora più pregnanti in quel particolare settore del diritto dell'Unione che si occupa della regolazione energetica. Questo perché la politica della concorrenza nell'energia e la disciplina comunitaria sul mercato interno dell'energia, vivono ancora in una fase non adulta, né matura, con una frontiera di confine incerta e mobile. È in questo contesto di fluidità e mutevolezza, tipico della regolazione energetica, che devono essere analizzati gli elementi costitutivi della nozione di aiuti di Stato e la relativa prassi applicativa.

6.4. La giurisprudenza della Corte sugli aiuti di Stato nel settore energetico

La nozione di aiuto di Stato è una nozione comunitaria di carattere molto ampio: per aiuto di Stato si intende un intervento effettuato dallo Stato o comunque mediante risorse statali, idoneo ad incidere sugli scambi tra gli Stati membri, attraverso il quale si concede ad uno o più beneficiari, determinati o determinabili, un vantaggio competitivo che

prende avvio il giudizio di bilanciamento per la valutazione degli interessi in gioco è il riconoscimento di una situazione di 'fallimento del mercato' o quanto meno di condizioni che non garantiscono l'efficienza del mercato e che potrebbero giustificare l'intervento di risorse pubbliche. Tuttavia, un aiuto di Stato lecito non vuol dire necessariamente che l'aiuto sia compatibile. L'esistenza di una condizione di fallimento del mercato è una condizione necessaria ma non sufficiente ai fini del giudizio di compatibilità della misura controversa con il mercato comune. Occorre infatti che la Commissione valuti la misura dell'aiuto di Stato sottoponendola al test di proporzionalità che deve superare tre gradini di giudizio. Non è sufficiente che vi sia una condizione di fallimento del mercato perché si giustifichi la compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato comune. La proporzionalità in senso lato comprende il giudizio di idoneità per cui occorre che la misura risulti idonea alla correzione dell'inefficienza allocativa del mercato, sussistendo un nesso di causalità tra la misura adottata e lo scopo correttivo perseguito. Inoltre, essendo una deroga ad un divieto generale la misura deve superare il giudizio di necessità, ovvero la misura risulti la meno restrittiva possibile al bene giuridico antagonista e non vada oltre quanto necessario per il raggiungimento dell'obiettivo. Infine, la valutazione della compatibilità può spingersi fino all'estremo costituito dal giudizio di proporzionalità in senso stretto, per valutare se i vantaggi che comporta l'adozione di tale misura non siano di gran lunga superiori rispetto al sacrificio del bene della libera concorrenza, ovvero se non esistevano altre misure di mercato meno distorsive della libera concorrenza.

falsa o minaccia di falsare la concorrenza.²⁴⁹ Si tratta in questa sede di valutare come gli elementi costitutivi della nozione di aiuto di Stato vadano interpretati, in riferimento alla specificità dei mercati energetici.

Sotto il profilo dell'origine dell'aiuto, la misura contestata deve riguardare risorse statali e deve essere imputabile allo Stato. A tale proposito, il criterio dell'origine statale dell'aiuto è stato oggetto di un dibattito in dottrina poiché può dar luogo a due distinte ipotesi interpretative: l'aiuto può essere concesso dallo Stato, ovvero può riguardare l'impiego di risorse statali.²⁵⁰ Nel primo caso, la misura di vantaggio deve essere imputabile allo Stato direttamente, attraverso l'utilizzo di risorse statali da parte dell'amministrazione centrale²⁵¹ o delle articolazioni territoriali di uno Stato membro²⁵², oppure indirettamente, attraverso enti pubblici,²⁵³ o enti privati designati a tale scopo, che si trovino sotto il controllo ovvero sotto un'influenza dominante dei pubblici poteri, per ragioni di proprietà, partecipazione finanziaria o della normativa che li disciplina.²⁵⁴

²⁴⁹ In materia di aiuti di Stato nel trattato CE si rinvia in dottrina a A. Biondi, *Gli aiuti di Stato*, in FRIGNANI, PARDOLESI (a cura di) *La concorrenza*, Torino, 2006, p. 447; P. MANZINI, *Antitrust applicato: raccolta sistematica della giurisprudenza comunitaria*, Giappichelli, Torino, 2004; A. BIONDI, P. EECKHOUT, J. FLYNN (a cura di), *The law of State aid in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2004; C. MALINCONICO, *Aiuti di Stato*, in M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit. p. 65; P. MANZINI, 'Note sulle relazioni pericolose tra Stato e imprese nel quadro del diritto comunitario', in *Diritto dell'Unione europea* 2002, p. 487 e ss.; M. ORLANDI, *La disciplina degli aiuti di Stato*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, vol. II, Torino, 2006, p. 1668; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, 4. Ed., CEDAM, Padova, 2008, pp. 769-842; C. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di) *Concorrenza e aiuti di Stato: un osservatorio sulla prassi comunitaria*, Giappichelli, Torino; G. M. ROBERTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, CEDAM, Padova, 1997; *Articolo 87* in F. POCAR (a cura di) *Commentario Breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, CEDAM, Padova, 2001; S. BARIATTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 1998.

²⁵⁰ Per un riferimento in dottrina, si rimanda a ROSE M. D'SA, 'When is aid not State aid? The implications of the English Partnership decision for European competition law and policy', in *ELR*, 25/00, pp. 139-156.

²⁵¹ Sono risorse di origine statale, quelle erogate direttamente da amministrazioni statali. *Ex multis*, v. sentenza del 16 maggio 2000, in causa C-83/98 P, *Francia/Ladbroke Racing e Commissione*, in *Racc.* pag. I-3271.

²⁵² V. Sentenza del Tribunale 4 aprile 2001, T-288/97, *Regione Friuli Venezia Giulia c. Commissione*.

²⁵³ A titolo di esempi, nel caso di enti pubblici v. C-482/99, *Strardust Marine*, prec. cit.; nel caso di holding pubbliche italiane v. sentenza della Corte di Giustizia, 21 marzo 1991, *Eni-Lanerossi*.

²⁵⁴ Con riferimento all'imputabilità allo Stato dell'utilizzo di fondi di finanziamento, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha individuato tre condizioni che devono essere soddisfatte cumulativamente: il fondo deve essere istituito dallo Stato, deve essere finanziato con contributi imposti o gestiti dallo Stato o da imprese pubbliche o da imprese private ma sottoposte all'influenza dominante dei pubblici poteri, e deve essere impiegato sotto il controllo di organi pubblici.

In riferimento al criterio dell'origine statale degli aiuti di Stato, vi sono due importanti casi giurisprudenziali che traggono origine dalla materia energetica: il caso *Van Der Kooy* ed il caso *PreussenElektra AG*.

Nel caso *Van Der Kooy*²⁵⁵ si trattava di stabilire se una tariffa preferenziale per la fornitura di gas, a favore degli orticoltori olandesi, contenuta in contratti tra privati, fosse da considerare o meno come una misura di origine statale che configurava un aiuto di Stato.²⁵⁶ Le tariffe controverse erano il frutto di accordi tra imprese di diritto privato ed enti di diritto pubblico e, conformemente ad una convenzione del 1963, per essere valide dovevano essere sottoposte all'approvazione da parte del Ministero degli affari economici olandese. I giudici comunitari dovevano decidere se imputare o meno al comportamento di uno Stato, l'approvazione ministeriale della tariffa su una fonte di energia, concertata tra le parti. Le ricorrenti sostenevano che la tariffa litigiosa non fosse stata imposta dallo Stato, ma fosse il risultato di un contratto di diritto privato, al quale lo Stato olandese risultava estraneo, poiché il potere di approvazione della tariffa andava qualificato come un mero controllo *ex post* sulla conformità delle stesse rispetto agli obiettivi di politica energetica dei Paesi Bassi. La Corte ha invece concluso diversamente, inferendo, dal potere di approvazione, l'imputabilità delle tariffe preferenziali al comportamento dello Stato. Il ragionamento dei giudici comunitari si fondava sul convincimento che, se il Ministro degli affari economici disponeva del potere di approvare le tariffe, questo potere doveva comprendere la possibilità per il governo olandese di opporsi alla tariffazione, qualora questa non risultasse conforme alle esigenze della pubblica autorità. Da questa argomentazione, i giudici comunitari hanno dedotto che le parti non disponevano, in realtà, di piena autonomia negoziale, ma dipendevano dal controllo dei pubblici poteri, per cui la fissazione della tariffa litigiosa era imputabile, seppur indirettamente, al comportamento dello Stato olandese.

²⁵⁵ Sentenza del 2 febbraio 1988, *Van Der Kooy*, in cause riunite C-67,68,70/85, in *Racc.* 1988, p. 219, punti 32-38. In senso conforme v. anche sentenza del 29 febbraio 1996, *Belgio c. Commissione*, C-56/93, in *Racc.* 1996, I-723, punti 10 e ss.

²⁵⁶ Il ricorso mirava all'annullamento della decisione 85/215 della Commissione che aveva dichiarato incompatibile con il mercato comune un aiuto di Stato costituito da una tariffa preferenziale del metano applicata agli orticoltori olandesi. Nel settore dell'orticoltura in serra riscaldata, le spese energetiche per il riscaldamento della serra costituiscono circa il 30% dei costi complessivi di esercizio; la concessione da parte delle autorità pubbliche olandesi di una tariffazione agevolata, consentendo agli orticoltori olandesi una riduzione di circa il 5% rispetto al normale prezzo di mercato del gas, costituiva un aiuto di Stato, perché incideva sulla competitività delle aziende del settore, che erano in grado di praticare un costo artificialmente inferiore del prodotto finale, rispetto ai concorrenti di altri Stati membri.

Il caso *PreussenElektra AG*²⁵⁷ si presta a numerose considerazioni per la vastità delle tematiche trattate, con particolare riferimento all'esigenza di tutelare l'ambiente nell'ordinamento comunitario complessivamente considerato e, più in dettaglio, nel diritto europeo dell'energia.

Ai fini che qui più interessano, la causa rileva per approfondire il (solo) criterio dell'origine statale delle risorse nella disciplina sugli aiuti di Stato. I quesiti pregiudiziali avevano ad oggetto l'interpretazione di una normativa tedesca che prevedeva l'obbligo, imposto ad imprese private operanti nel mercato della fornitura di energia elettrica, di acquistare a prezzi minimi prefissati l'energia elettrica prodotta da fonti di energia rinnovabile. Più in particolare, si trattava di vedere se l'obbligo legale di acquisto integrasse gli estremi di un aiuto di Stato, anche quando tale obbligo, sebbene imputabile al comportamento del potere legislativo di uno Stato membro, non determinasse alcun trasferimento diretto o indiretto di risorse statali.

A tale riguardo, l'articolo 107 TFUE, quando afferma che rientrano nel divieto gli aiuti concessi *dagli* Stati, ovvero *mediante* risorse statali, si presta a più interpretazioni possibili.

Secondo un'interpretazione restrittiva,²⁵⁸ la prima ipotesi (aiuti concessi dagli Stati) individua una regola generale per cui le misure contestate devono essere concesse direttamente dallo Stato, mentre la seconda ipotesi (mediante risorse statali) copre un categoria residuale di casi in cui gli aiuti promanano da organi pubblici decentrati o anche da

²⁵⁷ Sentenza del 13 marzo 2001, in causa C-379/98, *PreussenElektra AG*, in *Racc.* 2002, p. I-2099. Per un commento alla sentenza si rinvia a S. KREINER, 'Il peccato originale lussemburghese: è ammissibile a livello comunitario l'obbligo statale di sovvenzionare i concorrenti', in *The European Legal Forum*, 2001, pp. 312-319; T. KUHN, 'Implications of the 'Preussen Elektra' Judgment of the European Court of Justice on the Community Rules on State Aid and the Free Movement of Goods', in *Legal Issues of Economic Integration*, 2001 p. 361-376; L. RUBINI, 'Brevi note a margine del caso PreussenElektra, ovvero come 'prendere seriamente' le norme sugli aiuti di stato e la tutela dell'ambiente nel diritto comunitario', in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2001, pp. 473-501; J.M. BELORGEY, S. GERVASONI, C. LAMBERT, '*Environnement et libre circulation des marchandises, L'actualité juridique ; droit administratif*' 2001 pp. 944-946; C. GOLFINOPOULOS, 'Legality of National Measures to Promote the Procurement of Energy from Renewable Sources', in *Public Procurement Law Review*, 2002 pp. 8-11; S. POLI, 'National Schemes Supporting the Use of Electricity Produced from Renewable Energy Sources and the Community Legal Framework', in *Journal of Environmental Law*, 2002, Vol. 14, pp. 221-231; C. KOENIG, J. KÜHLING, 'EC Control of aid granted through State resources', in *European State Aid Law Quarterly*, 2002, pp. 7-18; A. COLAVECCHIO, Aiuti di Stato, ostacoli al commercio tra Stati membri ed esigenze di tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. A proposito della sentenza della Corte di giustizia nel caso 'Preussenelektra', in *Il Consiglio di Stato* 2003 II pp. 631-664 e pp. 869-889.

²⁵⁸ V. G. M. ROBERTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, CEDAM, Padova, 1997, p. 135 e ss.

privati, ma sono riconducibili indirettamente agli Stati, perché sono a carico dell'erario. In questa prospettiva, l'origine statale delle risorse è un elemento costitutivo della fattispecie relativa agli aiuti di Stato; il riferimento alle risorse statali serve ad evitare che gli Stati possano aggirare la portata applicativa della norma, utilizzando in modo strumentale enti (pubblici o privati) per canalizzare risorse pubbliche, in favore di determinate imprese o determinate produzioni.

Diversamente, un'interpretazione estensiva²⁵⁹ muove le proprie premesse dall'analisi sullo scopo della norma violata, per sanzionare la responsabilità dello Stato quando, con il suo comportamento, crea artificialmente una situazione di vantaggio competitivo, in favore di talune imprese o talune produzioni. In questa diversa ottica, la prima ipotesi (aiuti concessi dagli Stati) andrebbe letta come una fattispecie aperta in cui ricadono tutti i casi di aiuti comunque riconducibili ad un comportamento statale, mentre nella seconda ipotesi (mediante risorse statali) vi sarebbe una maggiore tassatività della fattispecie, richiedendo la stessa che il comportamento riguardi espressamente l'utilizzo di risorse pubbliche. L'esegesi estensiva troverebbe fondamento nella lettura del combinato disposto di cui agli articoli 10, 87 e 88 CE (ora art. 4 TUE ed artt. 107 e 108 TFUE), in analogia con l'estensione del campo di applicazione della normativa sulla concorrenza per le imprese, operata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, in riferimento all'articolo 81 CE (ora art. 101 TFUE). In altri termini, l'interpretazione estensiva si fonderebbe sul criterio teleologico, per cui si deve garantire l'effetto utile della normativa sulla concorrenza, per evitare che gli Stati membri trovino il modo di aggirare il contenuto precettivo della norma, senza ricorrere all'utilizzo di risorse pubbliche ed impiegando le imprese private come schermo della responsabilità statale.

Nonostante qualche oscillazione in senso contrario in giurisprudenza,²⁶⁰ in verità non sempre coerente ed univoca sul punto, il caso *PreussenElektra AG* ha confermato l'orientamento prevalente,²⁶¹ il quale richiede che l'origine pubblica delle risorse sia un elemento

²⁵⁹ In questo senso, v. L. FERRARI BRAVO, *Diritto comunitario*, 5 ed., Editoriale scientifica, Napoli, 2006 e L. HANCHER, T. OTTERVANGER, P. J. SLOT. *EC state aids*, 3 ed., Sweet & Maxwell, London, 2006.

²⁶⁰ V. Caso C-290/83, *Commissione c. Francia*, in *Racc.* 1985, p. 439.

²⁶¹ V. sentenze del 24 gennaio 1978, in causa C-82/77, *Van Tiggele*, in *Racc.* 1978, p. 25, punti 24 e 25; sentenza 17 marzo 1993, in cause riunite C-72 e 73/91 *Sloman Neptun*, in *Racc.* 1993, I-887, punto 19; sentenza del 30 novembre 1993, in causa C-189/91, *Kirsammer-Hack*, in *Racc.* 1993, pag. I-6185, punto 16; sentenza del 7 maggio 1998, in cause riunite C-52/97-C-54/97, *Viscido e a.*, in *Racc.* 1998, pag. I-2629, punto 13; sentenza del 1 dicembre 1998, in causa C-200/97, *Ecotrade*, in *Racc.* 1998, pag. I-7907, punto 35, e sentenza del 17 giugno 1999, in causa C-295/97, *Piaggio*, in *Racc.* [1999], pag. I-3735, punto 35.

costitutivo della nozione di aiuto di Stato, concludendo che la misura controversa non costituiva aiuto di Stato. L'articolo 107 TFUE non può dunque essere interpretato nel senso di ricomprendere, nel suo campo di applicazione, ipotesi di aiuto finanziate esclusivamente dai privati, anche per non incorrere nel rischio di dover sistematicamente ricorrere alla procedura di notifica, ogni qual volta una legislazione nazionale conceda un vantaggio competitivo, nei confronti di talune imprese o talune produzioni nazionali.

Tuttavia, la soluzione proposta non esclude la preoccupazione che gli Stati membri tentino di aggirare la normativa sugli aiuti di Stato, schermandosi dietro imprese pubbliche o private per la concessione indiretta di aiuti che non gravino sui fondi pubblici. Per evitare che ciò si verifichi, il problema rimane quello di esaminare quali siano i parametri su cui valutare il potere di controllo dello Stato sugli enti pubblici e privati.

L'incertezza sul punto è aggravata dal diverso modo di agire dell'intervento pubblico nei mercati energetici, a seguito dei processi di liberalizzazione progressivamente imposti dal livello comunitario. È evidente, infatti, che il processo di liberalizzazione dei settori energetici ha influenzato (anche) l'applicazione pratica della normativa sugli aiuti di Stato. Tradizionalmente, nei primi casi che hanno avuto ad oggetto l'applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato nell'energia, il problema dell'applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, CE, si limitava all'esame della condizione delle risorse pubbliche, perché l'immedesimazione organica tra lo Stato e le imprese energetiche non faceva sorgere dubbi in merito all'imputabilità statale delle misure controverse. Tuttavia, il processo di privatizzazione delle imprese energetiche tende a spostare l'attenzione dalla questione dell'impiego delle risorse pubbliche, al problema dell'imputabilità delle decisioni societarie agli organismi pubblici, per vedere se lo Stato, nonostante la formale uscita dai consigli di amministrazione, e/o la dismissione delle quote di partecipazione nelle società energetiche, non abbia conservato, in altro modo, un potere di esercitare il controllo sulle società che operano nei mercati dell'energia.²⁶² In breve, si tratta di capire se, dietro una decisione formalmente assunta in autonomia ed indipendenza dagli organi sociali di un'impresa energetica, non sia possibile cogliere la *longa manus* dello Stato, per il perseguimento di obiettivi di politica energetica nazionali, diversi dagli obiettivi di profitto che sono le finalità tipiche delle società commerciali.

²⁶² Sul punto si rinvia al successivo paragrafo § 4.6. sul caso *Iride*.

Dunque il problema rimane, non tanto stabilire se una misura controversa risulti o meno a carico dell'erario,²⁶³ quanto determinare se una misura sia stata assunta da organi privati, ovvero da organi societari che sono sotto la disponibilità o il controllo dello Stato, direttamente o indirettamente, tramite le sue articolazioni centrali e periferiche.

In riferimento alla nozione di controllo organico, fino a che punto deve estendersi il controllo pubblico, perché scatti il meccanismo della responsabilità dello Stato, su una decisione formalmente assunta da una società pubblica o privata? La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha cercato di stabilire le condizioni in base alle quali una determinata decisione societaria rilevi ai fini della disciplina degli aiuti di Stato, attraverso il criterio dell'imputabilità.²⁶⁴

L'indagine sul criterio di imputabilità risulta però particolarmente delicato perché rischia inevitabilmente di risolversi in un processo fondato su indizi, piuttosto che su prove; al fine di evitare un'eccessiva dilatazione del campo di applicazione dell'articolo 107, par. 1, TFUE, è necessario che l'imputabilità allo Stato di un provvedimento adottato da una società pubblica sia fondata su una pluralità di indizi, idonei a provare, in modo non equivoco, l'esistenza di una situazione di controllo o l'esercizio di un'influenza dominante su una impresa pubblica. Da ciò se ne deduce, *a contrario*, che nessun indizio preso isolatamente può risultare decisivo per fondare l'imputabilità statale di una decisione societaria. Così, il criterio del controllo organico, e cioè il fatto che un'impresa pubblica si trovi stabilmente sotto il controllo dello Stato, non è, di per sé, sufficiente per imputare a quest'ultimo tutte le misure adottate da tale impresa. Il fatto che i pubblici poteri *possono* esercitare,

²⁶³ Non in tutti i casi è necessario dimostrare che vi sia stato un trasferimento di risorse statali, perché il vantaggio concesso ad una o più imprese possa essere considerato come un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE. In tal senso, v. in particolare, sentenze 15 marzo 1994, in causa C-387/92, *Banco Exterior de España*, Racc. [1994] pag. I-877, punto 14, e sentenza della Corte del 19 maggio 1999, in causa C-6/97, *Italia/Commissione*, in Racc. [2000] pag. I-2981, punto 16. È controverso se la rinuncia ad un introito fiscale costituisca un utilizzo delle risorse statali, poiché la Corte aveva evitato di affermare espressamente che il finanziamento tramite una riduzione delle entrate da parte delle imprese pubbliche debba essere considerato come finanziamento mediante risorse statali (più recentemente v. *infra*. § 4.5., nella causa T-233/04). Se però il criterio prevalente per l'individuazione delle risorse statali sembra essere quello del *controllo legale* dello Stato sulle stesse, piuttosto che il criterio della permanente proprietà o della disponibilità delle risorse nel patrimonio erariale, quando lo Stato rinuncia ad introiti fiscali che la legalmente il diritto di esigere dalle imprese, questo dovrebbe costituire un utilizzo di risorse dello Stato, in quanto tali risorse sono indirettamente sottoposte al controllo legale di quest'ultimo. Similmente, il fatto che alcuni fondi restino costantemente sotto il controllo pubblico, e dunque a disposizione delle autorità nazionali competenti, pur non rimanendo permanentemente nel patrimonio dello Stato, sembra sufficiente perché tali fondi siano qualificati come risorse statali.

²⁶⁴ In riferimento al criterio dell'imputabilità in giurisprudenza v. sentenza del 16 maggio 2002, in causa C-482/99, *Stardust Marine*, in Racc. p. 4397, e *France Télécom*, prec. cit.

direttamente o indirettamente, un'influenza dominante, non prova che essi *abbiano* effettivamente esercitato tale influenza sulle misure adottate da un'impresa pubblica, posta sotto il controllo statale. L'imputabilità dovrà invece fondarsi su una serie di elementi indiziari quali il controllo organico, la natura giuridica dell'impresa, l'intensità del controllo esercitato dall'autorità pubblica, il perseguimento della misura contestata di finalità diverse da quelle commerciali e riconducibili ad esigenze delle pubbliche autorità. Con particolare riguardo a quest'ultimo elemento, l'indagine deve di volta in volta controllare che la decisione di una società energetica (pubblica o privata), sottoposta al controllo statale, non persegua finalità pubbliche (ad esempio in materia di sicurezza degli approvvigionamenti) e che tali finalità risultino essere assolutamente preponderanti rispetto alle normali finalità commerciali perseguite da imprese energetiche, che si trovano in analoghe condizioni di mercato. L'indagine finalistica può essere un importante strumento per evidenziare l'influenza che le autorità pubbliche esercitano nei confronti delle imprese energetiche, ma anche questo non può avere un valore decisivo, in quanto deve necessariamente coordinarsi con altri elementi indiziari, per non risolversi in un processo alle intenzioni dell'ente che ha adottato la misura contestata.

Una misura concessa dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, integra la nozione di aiuti di Stato, incompatibili con il mercato comune ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE, nella misura in cui favorisca talune imprese o talune produzioni.

Il carattere selettivo è l'elemento di distinzione tra gli aiuti di Stato (vietati) e le (legittime) prerogative dell'intervento pubblico in economia, in quanto consente di separare, dal punto di vista logico-giuridico, le misure specifiche dalle misure generali di politica economica e sociale.²⁶⁵

La prassi della Commissione, avallata da un consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia, ha accolto una nozione sostanziale di selettività, per cui la generalità di una disposizione non si fonda su rilievi formalistici o sull'astratta accessibilità della misura (*generally available*), ma sull'analisi della sua accessibilità in concreto, al fine di valutare l'effetto discriminatorio conseguente all'adozione di misure formalmente generali.²⁶⁶ La Corte ha più volte affermato che il

²⁶⁵ Sono misure generali quelle che avvantaggiano indistintamente l'insieme delle imprese ubicate nel territorio nazionale o riguardano la generalità dei settori produttivi di un'economia nazionale; tali misure sono esenti dal campo di applicazione della disciplina comunitaria relativa agli aiuti di Stato.

²⁶⁶ Il problema del test di selettività è particolarmente delicato quando la misura in questione appaia, nella forma, una misura generale, ma produca, in sostanza, un effetto selettivo. Il criterio della selettività è soddisfatto quando la misura contestata si presenta formalmente come una misura generale, ma si rivela sostanzialmente una misura particolare perché si fonda su criteri

fatto che una disposizione contestata abbia, per natura e portata, un carattere generale, in quanto applicabile alla totalità degli operatori economici interessati, non esclude che essa possa tuttavia interessare individualmente solo alcuni di essi.

Il ragionamento dei giudici comunitari si fonda sull'esistenza di una presunzione di selettività nei casi in cui si verifica una disparità di trattamento per imprese che versano in situazioni analoghe; la disparità di trattamento genera un'inversione dell'onere della prova, per cui spetta allo Stato interessato vincere la presunzione, dimostrando che la disparità di trattamento sia giustificata da ragioni obiettive. La selettività viene dunque valutata su una base composita di elementi sintomatici, dai quali si possa desumere che una misura generale *de iure*, sia *de facto* selettiva, ovvero abbia carattere derogatorio, rispetto alla natura ed alla struttura del sistema socio – economico degli Stati membri in cui si inserisce.

Nel settore dell'energia, il criterio della selettività si declina nel diverso regime fiscale imposto su determinati prodotti energetici ed impone di distinguere tra provvedimenti generali di politica fiscale e misure selettive, idonee a creare un vantaggio competitivo per un determinato settore energetico nazionale, con effetto distorsivo della concorrenza.

Una legislazione nazionale che stabilisce un sistema di rimborso dell'imposta sull'energia, limitato alle grandi imprese e parametrato in funzione dei loro consumi, soddisfa il criterio della selettività?

Nel caso *Adria Wein*,²⁶⁷ il giudice austriaco aveva posto alla Corte di Giustizia un quesito pregiudiziale di interpretazione per sapere se provvedimenti nazionali, che prevedono un parziale rimborso delle imposte sull'energia applicate al gas naturale ed all'energia elettrica, ma solo in favore delle imprese la cui attività principale consiste nella produzione di beni materiali, vadano considerati quali aiuti di Stato ai sensi dell'art. 87 del Trattato. L'Austria aveva emanato una legge relativa al rimborso delle imposte sull'energia (*Energieabgabenvergütungsgesetz*) che stabiliva il rimborso dell'imposta sull'energia applicata al gas naturale ed all'energia elettrica, qualora il volume complessivo di detta imposta superi, in totale, lo 0,35% del valore netto della produzione del consumatore di energia. Il rimborso era limitato alle imprese produttrici di beni materiali, escludendo dal novero dei beneficiari del rimborso le imprese fornitrici di servizi. Il governo austriaco aveva sostenuto che la misura controversa dovesse essere qualificata come un provvedimento

oggettivi che rendono determinati o determinabili i beneficiari. *Ex multis*, v. causa C-11/82, *Piraiki-Patraiki* c. Commissione e sentenza del 3 marzo 2005 in causa C-172/03, *Heiser*.

²⁶⁷ Sentenza della Corte del 8 novembre 2001, nella causa C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH*, in *Racc.* 2001, pag. I-8365.

generale di politica economica, per il numero elevato delle imprese beneficiarie, nonché per la rilevanza dei settori ai quali appartenevano le imprese beneficiarie. La limitazione del rimborso alle sole imprese che producono beni materiali, si giustificava col fatto che, in assenza della misura, tali imprese sarebbero state proporzionalmente più gravate delle altre, da un'imposta ecologica come quella introdotta dalla legislazione austriaca sull'energia.

Si trattava dunque di stabilire se un provvedimento statale di rimborso dell'imposta dell'energia, limitato a talune produzioni, e giustificato da considerazioni di carattere ecologico, integrasse o meno il criterio della selettività, richiesto dall'articolo 87, n. 1, CE (ora art. 107, par. 1, TFUE).

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la selettività della misura di vantaggio deve essere valutata tenendo conto della situazione di altre imprese che si trovino in una situazione fattuale e giuridica analoga a quelle che risultano essere le beneficiarie dirette del vantaggio. Il rimborso sull'imposto di energia previsto dalla normativa austriaca costituiva un misura selettiva perché introduceva una disparità di trattamento tra le imprese di produzione di beni materiali e le imprese di fornitura di servizi, non giustificato da motivi di tutela ambientale, bensì da motivi di tutela della competitività delle imprese manifatturiere nazionali. È del tutto evidente, infatti, che anche le grandi imprese fornitrici di servizi possono, come le imprese produttrici di beni materiali, essere 'energivore' ovvero possono essere grandi consumatrici di energia ed incorrere in costi energetici superiori allo 0,35% del valore netto della loro produzione. La concessione di condizioni vantaggiose solo al settore delle imprese produttrici di beni materiali, non può trovare giustificazione nell'esigenza di tutelare l'ambiente, a meno che il beneficio non venga esteso anche al settore delle imprese fornitrici di servizi, perché il consumo di energia inquinante è sempre dannoso per l'ambiente, a prescindere dal settore dal quale il consumo trae origine. Laddove una legislazione nazionale riserva un beneficio fiscale solo a talune produzioni, la misura di vantaggio costituisce un aiuto di Stato, vietato ai sensi dell'articolo 87 del Trattato, che non trova giustificazione con motivi di tutela ambientale, ma che si fonda sullo scopo di preservare la competitività di taluni settori produttivi di uno Stato membro, rispetto alla concorrenza con le altre imprese operanti nel mercato comunitario.

Anche nel caso *AEM Torino*²⁶⁸ si è esaminata la questione se l'incremento della tassazione diretta dei costi dell'energia, solo nei

²⁶⁸ Sentenza della Corte del 14 aprile 2005, in cause riunite C-128 e 129/03, *AEM spa e AEM Torino spa*, in *Racc.* 2005 p. I-2861; per un commento alla sentenza si richiama in dottrina N. CHARBIT, 'Aides d'Etat: taxe et libéralisation de l'électricité, *L'actualité juridique in droit*

confronti di taluni impianti produttivi di energia, piuttosto che per altri, integrasse gli estremi di un aiuto di Stato. L'oggetto della controversia riguardava due delibere dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas che avevano assoggettato alcuni impianti geo-termoelettrici ed idro-elettrici ad una maggiorazione del corrispettivo per l'accesso e l'utilizzo della rete nazionale di trasmissione dell'energia elettrica. La maggiorazione controversa, andando al di là del corrispettivo dovuto per l'accesso alla rete dell'energia elettrica e venendo impiegata per finanziare gli oneri generali del sistema elettrico, si qualifica come imposta parafiscale.²⁶⁹

Il governo italiano aveva difeso la legittimità della misura contestata, sostenendo che questa non aveva carattere selettivo, ma andava qualificata come una misura di politica economica diretta al perseguimento di un interesse pubblico, perché serviva a fronteggiare gli oneri generali del sistema elettrico italiano a beneficio dell'utenza. Secondo i ricorrenti, invece, la misura controversa andava qualificata come un aiuto di Stato, perché l'imposizione di un corrispettivo differenziato per l'accesso alla rete di trasmissione, si traduceva in un maggior aggravio a carico di determinate imprese ed un vantaggio competitivo per altre (in particolare per gli impianti termoelettrici visto che questi ultimi sono gli unici a sopportare realmente il costo dei combustibili). La Corte, nel caso di specie, ha stabilito che la misura controversa non costituiva un vantaggio selettivo, perché il trattamento differenziato risultava giustificato dalla natura e dalla struttura del sistema fiscale generale. La sentenza in esame si pone in continuità con il filone giurisprudenziale sull'adempimento degli obblighi di servizio economico di interesse generale²⁷⁰ in cui si ritiene ammissibile, in linea di

administratif ', 2005 pp. 1217-1218; V. DE FALCO, 'La componente sostanziale del principio di non discriminazione e gli aiuti di Stato nel settore dell'energia elettrica', in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2005 pp. 1452-1456; M. Maier, P. Werner, *European State Aid in Law Quarterly* 2005 p.657-660; L. IDOT, *Accès au réseau de transport d'électricité*, in *Europe* 2005, Comm. n° 211 p.23 .

²⁶⁹ In giurisprudenza si rinvia alle conclusioni dell' Avvocato Generale C. Stix-Hackl del 7 novembre 2002 nelle cause riunite da C-34/01 a C-38/01, ed alla sentenza della Corte di Giustizia nella medesima causa emanata il 27 novembre 2003, *Enirisorse*, in *Racc.* pag. I-14243, par. 167; sentenza della Corte di Giustizia del 16 dicembre 1992, in causa C-17/91, *Lornoy e a.*, in *Racc.* pag. I-6523; sentenza del 27 ottobre 1993, in causa C-72/92, *Scharbatke*, in *Racc.* pag. I-5509; con particolare riguardo alla rilevanza della modalità di finanziamento come parte integrante della misura di aiuto v. sentenza 21 ottobre 2003, cause riunite C-261/01 e C-262/01, *Van Calster e a.*, in *Racc.* 2003.

²⁷⁰ Sentenza della Corte di Giustizia 22 novembre 2001, in Causa C-53/00, *Ferring*, in *Racc.* 2001, p. I-9067 con commento di A. ALEXIS, 'Services publics et aides d'État', in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2002/1, p. 63; D. GRESPAN, 'An example of the application of State aid rules in the utilities sector in Italy', in *Competition Policy Newsletter*, 3/2002, p.17; P. NICOLAIDES, 'Distortive effects of compensatory aid measures: a note on the economics of the Ferring Judgment', in *European Competition Law Review*, 2002, p. 313; P. NICOLAIDES, 'The new

principio, al ricorrere di alcune condizioni, la possibilità di una compensazione dei costi che non costituisca un vantaggio selettivo, ai sensi della nozione di aiuti di Stato.²⁷¹ La causa si mostra di particolare interesse, perché consente di osservare il rapporto tra la disciplina sugli aiuti di Stato ed i mutamenti del quadro legislativo, a seguito del processo di liberalizzazione del mercato elettrico per effetto dell'attuazione della direttiva 96/92/CE. La maggiorazione del corrispettivo era stata pensata dal legislatore italiano allo scopo di porre rimedio agli indebiti vantaggi ed agli squilibri della concorrenza, apparsi nel primo periodo della liberalizzazione del mercato elettrico italiano tra il 2000 ed il 2006.²⁷²

La liberalizzazione del mercato italiano dell'energia elettrica ha determinato, per taluni produttori, indebiti svantaggi in termini di costi, la

frontier in State aid control. An economic assessment of measures that compensate enterprises', in *Intereconomics*, volume 37/2002, p. 190, e C. RIZZA, 'The financial assistance granted by Member States to undertakings entrusted with the operation of a service of general economic interest: the implications of the forthcoming Altmark Judgment for future State aid control policy', in *The Columbia Journal of European Law*, 2003; v. successivamente la sentenza della Corte di Giustizia 24 luglio 2003, nella causa C-280/00, *Altmark*, in *Racc.* 2003, p. I-7747, con commento di M. ANTONUCCI, 'I servizi di interesse economico generale e gli aiuti di stato', in *Il Consiglio di Stato* 2003 II pp. 1356-1364; E. SCOTTI, 'Brevi note in tema di servizi pubblici e aiuti di Stato', in *Il Foro amministrativo* 2003 pp. 3219-3224; M. MEROLA, C. MEDINA, 'De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics', in *Cahiers de droit européen*, 2003, pp. 639-694; R. MAGLIANO, 'Servizi di interesse economico generale, aiuti di stato e compensazione di oneri di servizio pubblico: giurisprudenza Altmark e iniziative normative della commissione CE', in *Diritto del commercio internazionale*, 2004, pp. 790-805; F. CINTIOLI, 'Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza', in *Diritto dell'Unione europea*, 3/06, p. 453 e ss; S. GOBBATO, 'Diritto comunitario della concorrenza e servizi di interesse generale di carattere sociale. Note a margine della recente giurisprudenza della Corte di giustizia', in *Diritto dell'Unione europea*, 4/05, p. 797 e ss.

²⁷¹ L'ammissibilità delle misure compensative è subordinata al verificarsi di una serie di condizioni soggettive ed oggettive. Con riferimento al profilo soggettivo, la cerchia delle imprese assoggettate alla maggiorazione deve corrispondere alla cerchia di quelle imprese che hanno effettivamente beneficiato, per effetto della liberalizzazione del mercato, di indebiti vantaggi in termini di costi. Per quanto riguarda la condizione oggettiva, la compensazione deve essere rispettosa del principio di proporzionalità e quindi deve risultare idonea al raggiungimento dello scopo e non deve andare oltre quanto necessario al recupero della maggior valorizzazione dell'energia elettrica prodotta da impianti idroelettrici e geotermici. Applicando tali condizioni al caso di specie, i giudici comunitari ne hanno valutato l'ammissibilità perché hanno tenuto conto del fatto che la maggiorazione fosse stata concepita come misura transitoria e l'importo previsto avesse carattere degressivo nel tempo.

²⁷² Prima della liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica, in Italia esisteva un meccanismo di compensazione per effetto del quale i produttori che non erano gravati da costi di combustibile riversavano il gettito proveniente dalla corrispondente componente inglobata nella tariffa alla Cassa conguaglio. In seguito alla liberalizzazione del mercato per effetto della trasposizione della direttiva comunitaria, è stato abolito il meccanismo della Cassa conguaglio, ma non il regime tariffario, con la conseguenza che i produttori che non devono far fronte a costi di combustibile hanno beneficiato di un indebito vantaggio in termini di costi.

cui compensazione mediante l'applicazione di una maggiorazione a carico dei produttori indebitamente avvantaggiati, vale a dire i produttori che si avvalgono di impianti idroelettrici e geotermici perché questi non sopportano costi per l'acquisto dei combustibili fossili, non va considerata, in presenza di taluni requisiti, quale vantaggio selettivo a favore delle altre imprese produttrici non soggette alla maggiorazione medesima.

Il caso dimostra come il piano legislativo comunitario, attraverso le direttive di liberalizzazione, possa influenzare l'applicazione della disciplina relativa agli aiuti di Stato nel settore energetico. All'inverso, può accadere anche che l'analisi sulla concreta applicazione della normativa sugli aiuti di Stato possa incidere sull'adozione di una nuova normativa comunitaria; l'osservazione dei fenomeni di distorsione della concorrenza, attraverso la concessione di aiuti di Stato può, infatti, rivelarsi un valido strumento di ausilio, per orientare il legislatore comunitario nell'adozione di una normativa a livello comunitario che operi su un piano preventivo, rispetto alle violazioni della disciplina antitrust. È accaduto, ad esempio, in materia tassazione sui prodotti energetici, allorché il legislatore comunitario, per evitare che i governi nazionali continuassero ad applicare differenti regimi fiscali sui prodotti energetici, in violazione della normativa sugli aiuti di Stato, ha adottato la Direttiva 2003/96/CE di armonizzazione sulla tassazione dell'energia.²⁷³

L'esistenza di notevoli differenze tra i livelli nazionali di tassazione dell'energia, si è dimostrata fortemente pregiudizievole per il buon funzionamento del mercato interno così come, l'assenza di una tassazione minima a livello comunitario, ha consentito agli Stati di agire sul piano delle agevolazioni fiscali, per distorcere la concorrenza in difesa delle imprese nazionali o di taluni settori produttivi. La direttiva 2003/96/CE fissa uno standard minimo di tassazione per l'elettricità ed i prodotti energetici; ciò significa che gli Stati membri, in conformità al principio di attribuzione delle competenze, rimangono liberi di scegliere il regime fiscale da applicare all'elettricità ed ai prodotti energetici, ma non possono imporre un livello di tassazione²⁷⁴ inferiore ai livelli minimi. Nel rispetto dei livelli minimi di tassazione stabiliti dalla direttiva, gli Stati membri possono applicare sgravi fiscali sul consumo di energia per il riscaldamento, ovvero a favore delle imprese a grande consumo di energia, ovvero ancora in favore di imprese che stipulano accordi

²⁷³ Direttiva 2003/96/CE del Consiglio del 27 ottobre 2003 che ristruttura il quadro comunitario per la tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità, in GUCE L 283/51 del 31.10.2003.

²⁷⁴ Ai sensi dell'articolo 4 della Direttiva, per «livello di tassazione» si intende l'onere fiscale complessivo derivante dal cumulo di tutte le imposte indirette (eccetto l'IVA), calcolate direttamente o indirettamente sulla quantità di prodotti energetici e di elettricità, all'atto dell'immissione in consumo.

finalizzati a conseguire obiettivi di protezione ambientale o a migliorare l'efficienza energetica.²⁷⁵ In deroga al livello minimo di tassazione, gli Stati membri mantengono la facoltà di applicare esenzioni o riduzioni dell'aliquota di imposta, anche sotto lo standard minimo, ma solo sui prodotti energetici fondati su fonti rinnovabili e su biocombustibili per la tutela di obiettivi di protezione ambientale e di risparmio energetico.

L'adozione di una normativa di armonizzazione sulla tassazione energetica contribuisce a rendere più trasparente il quadro normativo sul quale le istituzioni comunitarie sono chiamate a dichiarare l'incompatibilità degli aiuti di Stato concessi attraverso agevolazioni fiscali sui prodotti energetici; tuttavia, la creazione di una normativa minima non riduce le ipotesi in cui gli Stati membri abusino della deroga prevista dalla direttiva in esame, giustificando il mantenimento di misure fiscali di vantaggio sulla base di finalità relative alla tutela ambientale.

Per non incorrere nella declaratoria di incompatibilità con il mercato comune sancita dall'articolo 87 CE (ora art. 117 TFUE), la misura statale non deve infine essere pregiudizievole per il commercio intra-comunitario.²⁷⁶ In realtà tale elemento costitutivo della fattispecie è stato oggetto di molte critiche in dottrina, in quanto s'è talora dubitato della natura autonoma di tale criterio, che finirebbe per costituire un doppione ovvero un riflesso del pregiudizio alla concorrenza. La migliore dottrina²⁷⁷ attribuisce un valore autonomo al criterio del pregiudizio agli scambi intra-comunitari ed una rilevanza pratica nella definizione di un limite negativo all'ambito di applicazione della disciplina, poiché il requisito del commercio transfrontaliero esclude tutte le ipotesi di misure statali che abbiano effetto solo nel mercato interno di uno Stato membro. Il criterio del commercio transfrontaliero non significa tuttavia che la disciplina degli aiuti di Stato non possa operare in riferimento alle piccole imprese, ovvero alle imprese che svolgono attività locali. La giurisprudenza ha elaborato il '*principio della prossimità*' il quale afferma che non si applica la disciplina degli aiuti di Stato alle imprese

²⁷⁵ In particolare, possono beneficiare di un trattamento privilegiato gli accordi tra le imprese finalizzati alla generazione combinata di calore e di energia nonché, orientati alla promozione dell'uso di fonti di energia rinnovabili.

²⁷⁶ Un elemento di valutazione dell'incidenza della misura statale sugli scambi può essere dato dalla piccola dimensione dell'impresa beneficiaria. Tuttavia l'esiguità dell'aiuto o la piccola dimensione dell'impresa beneficiaria non escludono, per ciò solo, *a priori* che non vengano influenzati gli scambi tra gli Stati membri, salvo che la misura non risulti inferiore alla soglia stabilita dal regolamento *de minimis*. Anche gli investimenti diretti all'estero e le misure di sostegno all'internazionalizzazione delle imprese comunitarie possono alterare il flusso degli scambi comunitari (v. C-142/87, *Belgio c. Commissione*)

²⁷⁷ A. BIONDI, *Gli aiuti di Stato*, cit. pp. 121-165; M. ORLANDI, *La disciplina degli aiuti di Stato*, cit., pp. 67-133; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., pp. 769-839; F. POCAR, *Commentario Breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, cit., p. 460 e ss.

beneficiarie che, per l'attività di interesse locale da queste svolte, non si trovano ad agire su un mercato competitivo comunitario, e sono quindi inidonee ad alterare la concorrenza del mercato comunitario e ad incidere sui flussi commerciali tra gli Stati membri.²⁷⁸

Alla luce del principio di prossimità, l'esistenza di un servizio pubblico locale non esclude automaticamente l'applicabilità della normativa comunitaria, in quanto occorre analizzare, caso per caso, se la decisione di concedere un beneficio selettivo nei confronti di un'impresa energetica che svolge un servizio locale di distribuzione di energia, possa avere un potenziale effetto distorsivo della competenza o un effetto transfrontaliero.²⁷⁹ In ogni caso, l'analisi sul pregiudizio che le misure di sostegno statale devono avere sugli scambi tra gli Stati membri deve essere condotta tenendo conto dell'analisi precedentemente svolta sulla diversa configurazione dei mercati energetici dal punto di vista geografico e merceologico. È scorretto ritenere, come a volte affermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia,²⁸⁰ che la liberalizzazione dei mercati dell'energia elettrica abbia reso sempre sussistente il pregiudizio del commercio intracomunitario, perché la normativa comunitaria ha posto tutti gli operatori economici sullo stesso piano concorrenziale. Presumere che il pregiudizio della concorrenza intracomunitario sia dimostrato dall'esistenza della normativa comunitaria che mira alla creazione di un mercato europeo dell'energia è sbagliato in fatto ed in diritto. Il requisito della pregiudizialità al commercio transfrontaliero deve essere puntualmente provato, senza poter essere presunto, per non incorrere nell'errore di confondere lo strumento (la legislazione comunitaria sulla liberalizzazione) con l'obiettivo (la creazione del mercato interno dell'energia). Come altrove ribadito, il processo di liberalizzazione dei mercati energetici è invece incompiuto e non ha avuto l'effetto di creare un mercato europeo dell'energia, perché, tutt'ora,

²⁷⁸ Tale principio è stato affermato dalla Commissione nella *'Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato alle P.M.I.'* del 1996, e successivamente ribadita dalla stessa Commissione e dai giudici comunitari, diventando un principio consolidato in materia di aiuti di Stato. A titolo esemplificativo, negli ultimi anni, sono state considerate attività di prossimità il commercio al dettaglio, il servizio di taxi, i servizi alberghieri di rifugio di montagna o quelli di periferia di quartieri urbani periferici, i servizi di autotrasporto se, e in quanto, tali attività sono esercitate in forma locale e non transnazionale.

²⁷⁹ In ogni caso, in assenza di un effetto distorsivo sul commercio transfrontaliero, non è detto che la decisione controversa non possa essere rilevante, non sotto il profilo del diritto antitrust, quanto sotto il profilo della compatibilità con altre norme del trattato (in particolare con gli artt. 28, 43, 48 e 50 del Trattato CE).

²⁸⁰ 'Il sostegno statale deve essere in grado di pregiudicare gli scambi tra gli Stati membri. Dal momento della liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica e della creazione di un mercato interno dell'energia elettrica in base alla direttiva 96/92 in poi, un siffatto pregiudizio è comunque probabile'. Così, Avv. Gen in causa *AEM, cit.*, punto 35.

la dimensione geografica dei mercati energetici è di tipo nazionale e non comunitario.

Nel caso in cui tutti gli elementi costitutivi della nozione di aiuti di Stato risultassero integrati, vi è infine un ulteriore criterio di elaborazione giurisprudenziale, che serve a distinguere i legittimi interventi pubblici in economia dalle ipotesi di divieto di aiuto di Stato stabilite dalla normativa comunitaria: il criterio dell'investitore privato.

Il trattato stabilisce all'articolo 345 TFUE (già art. 295 CE) il principio della neutralità circa la natura pubblica o privata dell'impresa, secondo cui per il diritto dell'Unione è indifferente che una società sia a maggioranza pubblica o privata. Ciò che rileva invece è il divieto, imposto ad una società soggetta a controllo pubblico o con maggioranza di capitale azionario pubblico, di beneficiare dei contributi statali per sottrarsi alle regole della concorrenza a detrimento dei concorrenti privati. Quando lo Stato è azionista di una società ha il diritto di intervenire con finanziamenti pubblici o con altri mezzi per sostenere l'attività dell'impresa, purché non lo faccia al solo scopo di evitare il fallimento della stessa. Il criterio adottato dalla giurisprudenza per distinguere il caso di un legittimo intervento in economia da parte dello Stato, rispetto ad un intervento assistenziale che configura un aiuto di Stato è stato individuato nel criterio dell'investitore privato²⁸¹. Il criterio dell'investitore privato si fonda su un giudizio ipotetico di natura controfattuale, attraverso il quale si risale al momento storico in cui la misura statale è stata adottata, per valutare se anche un privato, in 'normali condizioni di mercato', avrebbe deciso o meno di pianificare lo stesso tipo di investimento. Lo scopo del principio dell'investitore privato in un'economia di mercato è quello di capire se la misura è stata adottata con l'intento di ottenere profitto nel medio-lungo termine, ovvero se la misura risponde solo a finalità assistenzialiste nei confronti dell'impresa beneficiaria.²⁸² Il criterio dell'investitore privato rappresenta il cuore

²⁸¹ In giurisprudenza, *ex multis*, sentenza della Corte di Giustizia 3 luglio 2003, in cause riunite C-83/01 e 94/01, *Chronopost*, in *Racc.* 2003, p. I-0699; sentenza del Tribunale 14 dicembre 2000, in causa T-613/97, *Ufex*, in *Racc.* 2000 p. II-4055; sentenza del Tribunale 12 dicembre 2000, in causa T-296/97, *Alitalia*, in *Racc.* 2000, p. II-3871.

²⁸² In forza del principio dell'investitore privato, l'intervento pubblico in favore di un'impresa sottoposta a proprietà o a controllo pubblico è considerata un aiuto di stato, quando avviene in circostanze per cui un investitore privato, nelle stesse condizioni di mercato, non avrebbe operato allo stesso modo, non essendoci prospettive di remunerazione del capitale nel breve o nel medio-lungo periodo. Nel caso di conferimenti di capitale, è aiuto di Stato l'intervento pubblico privo della prospettiva di remunerazione del capitale investito (Caso ENI-Lanerossi C- 303/88, *prec. cit.*). Successivamente la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha modificato la sua posizione, sostenendo che un elemento di remunerazione indiretto del capitale investito può essere anche la salvaguardia dell'immagine di un gruppo imprenditoriale in crisi, purché l'intervento sia occasionale e mirato al raggiungimento della prospettiva del profitto dell'azienda nel periodo

della disciplina sugli aiuti di Stato, perché attraverso questo principio le istituzioni comunitarie cercano di tracciare una linea di confine tra l'interesse economico del perseguimento del profitto ed altri interessi che perseguono finalità pubbliche di diverso tipo. Il problema del criterio dell'investitore privato consiste nell'esatta definizione di cosa debba intendersi per 'normali condizioni di mercato'. L'individuazione della logica di mercato alla base della scelta di investimento è una complessa valutazione economica che presuppone la conoscenza di un insieme di elementi di fatto e di diritto. Tale indagine risulta particolarmente delicata in un settore, com'è quello energetico, governato da dinamiche che non rispondono esclusivamente a condizioni di mercato, ma che dipende da una serie complessa di fattori strategici e politici ed in cui, come già osservato in riferimento all'ipotesi di abuso della posizione dominante, mancano strumenti di controllo e di monitoraggio per individuare il corretto funzionamento degli strumenti di mercato della domanda e dell'offerta.

Per quanto riguarda la forma degli aiuti di Stato, il trattato non definisce cosa debba intendersi per 'aiuto'. Per molto tempo la dottrina si è divisa tra un'interpretazione restrittiva del concetto di aiuto, volta a ricomprendere i soli provvedimenti positivi (sussidi e sovvenzioni), ed un'interpretazione estensiva, che includesse altresì i provvedimenti negativi (ad esempio le esenzioni fiscali). La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha accolto una nozione ampia di aiuto, comprendente qualsiasi misura idonea a produrre un effetto favorevole, economicamente apprezzabile, all'impresa beneficiaria, attraverso l'attribuzione di un beneficio o di un vantaggio, oppure attraverso l'assunzione di costi ed oneri che normalmente graverebbero sul bilancio di un'impresa.²⁸³ La caratteristica principale dell'aiuto di stato è

medio-lungo. (Caso *Alfaromeo*, C- 305/89) Ancora più recentemente, il modello paradigmatico dell'investitore privato è stato modificato, nel senso di uniformare il parametro di riferimento, non già al singolo investitore privato, quanto al modello della *holding* privata o del gruppo imprenditoriale privato. Il comportamento dell'investitore privato, con il quale dev' essere raffrontato l'intervento dell'investitore pubblico che persegue obiettivi di politica economica, pur se non è necessariamente quello del comune investitore che colloca capitali in funzione della loro capacità di produrre reddito a termine più o meno breve, deve quanto meno corrispondere a quello di una *holding* privata o di un gruppo imprenditoriale privato che persegua una politica strutturale, globale o settoriale, mosso da prospettive di redditività a più lungo termine (Caso *Alitalia*, T-296/97, prec. cit.). La cessione di beni pubblici è aiuto di stato quello fatto fuori dal prezzo di costo del bene sul mercato; la concessione di prestiti, è aiuto di stato, se il prestito viene concesso con un tasso di interesse più basso rispetto al tasso di interesse di mercato cui l'impresa privata avrebbe potuto accedere.

²⁸³ Tra gli altri, sono stati considerati aiuti, esenzioni fiscali (sentenza della Corte 15 dicembre 2005, in causa C- 66/02, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* 2005), rimborsi e/o riduzione di oneri sociali (C- 173/03, *Traghetti del Mediterraneo*), tariffe agevolate di rimborsi su imposte energetiche (*Van Der Koy* prec. cit), aiuti all'esportazione, aiuti agli investimenti, prestiti

l'artificialità, *rectius* l'etero-determinabilità, della misura in esame rispetto alla logica economica del regolare funzionamento del mercato. Il giudizio di disvalore sull'effetto economico degli aiuti di stato è connaturato ai costi sul funzionamento del mercato. Gli aiuti di stato, concedendo vantaggi economici, impediscono alle forze di mercato di premiare le imprese più competitive, riducendo in generale la competitività del sistema poiché disincentivano le imprese concorrenti a puntare sull'innovazione. Minore competitività del sistema e minore innovazione significano maggiori costi in prospettiva per i consumatori finali (prezzi alti, bassa qualità del servizio), nonché costi di attuazione dei contribuenti, dal momento che gli aiuti di stato sono da essi finanziati e rappresentano per loro sia costi immediati, che costi di opportunità, in quanto la concessione di aiuti alle imprese significa minori finanziamenti per altri settori di intervento.

In breve, la definizione così accolta, si fonda non su considerazioni aprioristiche o formalistiche circa la rilevanza tipologica dell'intervento statale, ma sulle considerazioni degli effetti economici delle misure statali che attribuiscono un vantaggio concorrenziale artificiale alle imprese, alterando le condizioni di parità sul mercato. Occorre distinguere però tra gli effetti economici degli aiuti di stato e gli scopi che tali misure intendono perseguire. Se, come si è visto, la valutazione dell'effetto economico di un beneficio economicamente apprezzabile è l'elemento caratteristico della qualificazione dell'aiuto di stato, lo scopo dell'intervento statale attiene alla valutazione sulla compatibilità dell'aiuto e quindi è un momento successivo che presuppone la (già avvenuta) qualificazione della misura statale come aiuto. Ragioni di ordine sistematico confermano tale impostazione laddove coerentemente la disposizione normativa sugli scopi dell'aiuto è all'art 107, par. 3, TFUE dopo la qualificazione di cui all'art. 107, par. 1, TFUE.

6.5. L'applicazione delle deroghe di cui all'articolo 107 TFUE, par. 3, ai mercati energetici

Una misura statale che rientra nel campo di applicazione dell'articolo 107, par. 1, TFUE viene qualificata come aiuto di Stato, vietato dal diritto dell'Unione, se non viene autorizzata dalla Commissione.

La Commissione, com'è noto, gode di un ampio margine di discrezionalità nel valutare la giustificabilità di un aiuto di Stato, ferme

agevolati e garanzie, cessioni di immobili statali a titolo gratuito e/o riduzioni sul prezzo di vendita di beni di proprietà dello Stato, assistenza logistica e commerciale e consulenza d'impresa.

restando le ipotesi elencate dalla norma *de quo*. Più in particolare, l'aiuto in materia di energia potrebbe risultare giustificato per motivi legati alla tutela di esigenze ambientali, oppure quando risulti necessario a compensare costi non più recuperabili a seguito dell'introduzione del processo di liberalizzazione dei mercati energetici, ovvero infine quando la misura sia finalizzata alla ricerca energetica.

6.6 Gli aiuti di Stato e le misure a tutela dell'ambiente nei mercati energetici

Il punto forse più critico della disciplina degli aiuti di Stato nel settore energetico riguarda la sua compatibilità con le normative adottate a livello nazionale, ovvero a livello comunitario, per la tutela dell'ambiente. Le misure eco-compatibili possono far sorgere il rischio di contrasti tra il principio della libera concorrenza, a tutela delle pari opportunità tra gli operatori economici ed i consumatori dei vari Stati membri, con altri interessi pubblici, parimenti meritevoli di tutela, quali le esigenze di tutela dell'ambiente.²⁸⁴ Non vi sarebbero conflitti se il mercato spingesse le imprese a competere sul piano dei costi ambientali

²⁸⁴ In dottrina si rinvia a F. CAPELLI, 'Energia rinnovabili: normativa e compatibilità ambientale' in *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, 4/08, pp. 857-871; F. DEHOUSSE (a cura di) 'Towards a Real European Energy Policy' in *Studia Diplomatica*, Vol. LX, 2/2007, p. 40-42; A. COLAVECCHIO, 'Aiuti di Stato, ostacoli al commercio tra Stati membri ed esigenze di tutela dell'ambiente nella giurisprudenza comunitaria. A proposito della sentenza della Corte di Giustizia nel caso *PreussenElektra*', p. 611 e ss.; F. B. KRIEGLSTEIN, 'Renewable energy schemes and EC State Aids Provisions', in *EELR*, 2001, pp. 51-56; L. RUBINI 'Brevi noti a margine del caso *PreussenElektra*, ovvero come 'prendere seriamente' le norme sugli aiuti di Stato e la tutela ambientale nel diritto comunitario' in *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, 2001, p. 473 e ss. Dal punto di vista normativa, si rinvia alla linea guida della Commissione del 2001 (GU 2001 C37/3, p. 3 e ss.) sugli aiuti ambientali oggi sostituite dalle linee guida della Commissione 'Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato per la tutela ambientale' (GU 2008 C82/01) entrate in vigore il 1 aprile 2008. Più recentemente, gli effetti della *crisi finanziaria* hanno inciso anche sul piano della disciplina relativa agli aiuti di Stato, con l'innalzamento della soglia di *de minimis* da 200 mila a 500 mila euro, ed una generalizzata presunzione di compatibilità degli aiuti di Stato nel settore della *green economy*, come conferma la Comunicazione della Commissione sugli aiuti ai *prodotti verdi* (in GU C 83/1 del 2009). La crisi di liquidità, dovuta in particolare al crollo del prestito interbancario, si è tradotta sul piano giuridico nella valorizzazione della deroga di cui all'articolo 87, paragrafo 3, lettera b) che prevedeva l'ammissibilità degli aiuti di Stato concessi in caso di 'turbamento all'economia di uno Stato membro', divenuta oggi una base giuridica di carattere eccezionale sulla quale adottare regimi di aiuti ai settori in crisi. Per evitare distorsioni nell'applicazione della normativa antitrust, la Commissione ha emanato una serie di comunicazioni, tra cui quelle sugli aiuti ai prodotti verdi, volte a fornire un approccio coordinato per garantire la leale concorrenza tra gli Stati membri nella stabilizzazione della crisi finanziaria, con particolare riguardo al sistema bancario e creditizio. In tale contesto, sono state emanate la Comunicazione della Commissione del 25 ottobre 2008 (in GU C 270 del 2008 p. 8) e la Comunicazione della Commissione sulla ricapitalizzazione delle banche (GU C 10 2008 p. 2)

in modo spontaneo, senza bisogno di alcun intervento esterno; tuttavia se, e fino a quando, i metodi di produzione eco-compatibili non diventeranno economicamente più vantaggiosi, rispetto al tradizionale ciclo di produzione fondato prevalentemente sui combustibili fossili, il costo ambientale necessiterà di strumenti correttivi rispetto alle normali condizioni di mercato.

Le imprese, nell'esercizio della loro attività economica, producono inquinamento e possono arrecare un pregiudizio all'ambiente complessivamente considerato. Se il produttore non tiene conto delle esternalità negative generate dal suo ciclo di produzione, il mercato risulta inefficiente nella redistribuzione delle risorse, perché il costo della danno ambientale prodotto, non viene ripagato dalle imprese responsabili, ma si riversa a carico della società nel suo insieme. Una situazione di questo tipo rappresenta un fallimento del mercato che può essere contrastato tramite un intervento pubblico che abbia lo scopo di internalizzare i costi ambientali, ovvero faccia in modo che i costi delle imprese rispecchino i costi sociali effettivi creati dall'attività economica.²⁸⁵ La scelta di affrontare i fallimenti dei mercati nella gestione dei costi ambientali si traduce, sul piano normativo, nel principio 'chi inquina paga' e nella disciplina sugli aiuti di Stato; entrambi gli strumenti, pur operando su versanti diversi, mirano al raggiungimento di un risultato comune, orientato all'innalzamento degli standard di tutela ambientale.²⁸⁶ Il principio 'chi inquina paga', sancito dall'articolo 191 TFUE, mira ad individuare i costi derivati dal danno ambientale e ad addossare le responsabilità in capo alle imprese responsabili dell'inquinamento prodotto. Tuttavia, tale principio incontra, davanti alla

²⁸⁵ Per maggiori approfondimenti sul rapporto tra la normativa internazionale e le esternalità negative in materia ambientale, si rinvia a P. MANZINI, *I costi ambientali nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1996.

²⁸⁶ Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale F. Jacobs nella causa C-126/01, paragrafi 68-70, si richiama la prassi applicativa del principio «chi inquina paga» in materia di aiuti di Stato. Il principio può essere utilizzato per stabilire se una misura costituisca aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE, e per decidere se un determinato aiuto possa essere dichiarato compatibile con il Trattato in forza dell'art. 87, n. 3, CE. Nel primo caso, il principio è uno strumento di analisi per l'imputazione della responsabilità dei costi legati all'inquinamento e serve a qualificare come aiuto di Stato una misura che sollevi dall'onere di sopportare i costi coloro che risultano prioritariamente responsabili. Nel secondo ambito, il principio viene fatto valere come criterio politico per sostenere che i costi connessi con la tutela dell'ambiente, conformemente ad una corretta politica ambientale e degli aiuti di Stato, in ultima analisi *dovrebbero* essere sopportati dagli stessi inquinatori, anziché dalla collettività statale. Parte della dottrina, (v. L. KRÄMER, *EC Environmental Law*, 4a ed., 2000, p. 19 e ss.; v. anche J.-P. KEPPELNE, 'National environmental policies: uncharted waters for EC State aid control', in *Nederlandse tijdschrift voor Europees recht*, 2001, p. 193 e ss.) contestano la funzione del principio «chi inquina paga» in quanto criterio politico di base per esaminare la compatibilità di aiuti ambientali alla luce dell'art. 87, n. 3, CE.

sua applicazione concreta, ostacoli politici e giuridici che non ne consentono il corretto operare. Può risultare estremamente difficile individuare un danno ambientale, così come può rivelarsi arduo risalire tutti gli anelli della catena del nesso causale per imputare a carico di una determinata impresa, o di un determinato settore produttivo, le responsabilità del danno provocato ed infine, anche qualora si riuscisse a riconoscere il danno ed il responsabile, possono sorgere contrasti in merito all'opportunità di applicare sanzioni all'impresa per i rischi sociali ed occupazionali connessi ad una eventuale contrazione dell'attività economica. Inoltre, il principio in parola è uno strumento legislativo che può rivelarsi inefficiente dal punto di vista ambientale, perché opera su un piano successivo rispetto al verificarsi dell'evento lesivo per l'ambiente. Per agire sul piano di un intervento *ex ante*, gli aiuti di Stato possono rivelarsi talora uno strumento efficace perché, a precise condizioni, e sotto determinati limiti, possono produrre un livello di tutela dell'ambiente più elevato di quanto non sarebbe possibile in assenza di interventi statali. Gli aiuti di Stato di natura ecologica, che vengono concessi alle imprese energetiche, possono essere compatibili con il mercato comune, perché la tutela dell'ambiente è un obiettivo di interesse comune dell'integrazione europea, in conformità con quanto stabilito dal principio dello sviluppo sostenibile. Tuttavia, il riconoscimento di un generale *favor* per gli aiuti eco-compatibili, deve tener conto della natura derogatoria degli stessi, rispetto al generale principio del divieto di aiuti di Stato, per evitare che, sotto la copertura formale della tutela ambientale, si annidino misure di intervento statale che hanno, in sostanza, lo scopo di agevolare e proteggere le imprese nazionali e hanno ben poco di ecologico. Dal punto di vista normativo, gli aiuti eco-compatibili possono beneficiare della deroga di cui all'articolo 107, par.3, lettera c) TFUE, che consente alla Commissione di autorizzare gli 'aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche'. Qualora l'aiuto ecologico coinvolga più Stati membri, può essere autorizzato ai sensi dell'articolo 107, par. 3, lettera b) TFUE che riguarda gli 'aiuti destinati a promuovere la realizzazione di importanti progetti comuni di interessi europeo'. Le due basi giuridiche non possono essere cumulate anche se, nell'applicare la deroga per i progetti comuni di interesse europeo, la Commissione può autorizzare percentuali di intensità di aiuto più elevate rispetto ai massimali previsti per quelli destinati allo sviluppo delle attività energetiche sostenibili. Entrambi i regimi autorizzatori impongono un bilanciamento di interessi, tra l'esigenza di tutela dell'ambiente e l'effetto potenzialmente negativo sulla distorsione degli scambi e della concorrenza. Si tratta di stabilire fino a che punto, e con quali modalità, sia possibile stabilire un giudizio di ponderazione sugli effetti positivi e gli effetti negativi di una misura

ambientale assunta nel settore energetico, e quali siano gli strumenti giuridici più idonei a fondare il controllo sulla compatibilità delle misure controverse con il mercato comune.

La Commissione ha formalizzato il suo giudizio di ponderazione in un *'test comparativo'* che richiama indirettamente la tripartizione del giudizio di proporzionalità della Corte Costituzionale tedesca (ripreso anche dalla Corte di Giustizia). Il test comparativo si fonda su un primo giudizio di idoneità, o proporzionalità in senso ampio, volto ad indagare se la misura sia idonea a perseguire l'obiettivo di interesse comune della tutela ambientale; successivamente, il giudizio si articola nella valutazione dell'adeguatezza del mezzo usato rispetto all'obiettivo perseguito, e sulla necessità, o proporzionalità in senso stretto, al fine di vedere che la misura non vada oltre quanto necessario al raggiungimento dell'obiettivo e che l'effetto di incentivazione sul comportamento delle imprese non potesse essere raggiunto con un intervento pubblico diverso da un aiuto e meno pregiudizievole per la libera concorrenza; infine, il terzo ed ultimo grado di giudizio prevede una comparazione tra gli effetti positivi e gli effetti negativi, per cui il giudizio di compatibilità della misura è condizionato al saldo positivo del bilanciamento.

L'applicazione del test comparativo, in riferimento agli aiuti di Stato nel settore energetico, ha dato luogo ad una prassi oscillante e non sempre puntuale, anche per la difficoltà di 'pesare' gli effetti e individuare il giusto punto di equilibrio tra interessi contrapposti.

Più in particolare, le misure comunitarie eco-compatibili nel settore dell'energia riguardano principalmente tre settori: il settore della produzione di 'energia verde' con la normativa comunitaria in materia di produzione di elettricità da fonti rinnovabili, l'utilizzo di biocombustibili ed il ricorso alla cogenerazione; il mercato delle quote di emissione di Co₂, istituito dalla normativa comunitaria per la lotta ai cambiamenti climatici; i benefici fiscali e gli altri incentivi previsti per il raggiungimento degli obiettivi del risparmio e dell'efficienza energetica.²⁸⁷ Tralasciando l'analisi delle singole fattispecie normative,

²⁸⁷ Gli aiuti di Stato finalizzati all'efficienza ed al risparmio energetico sono equiparati alla misure di tutela ambientale e dunque godono del regime autorizzatorio stabilito dall'articolo 87, paragrafo 3, lettera b). Tali aiuti sono dichiarati compatibili con il mercato comune se risultano assolutamente necessari e se hanno una portata degressiva. Un tipico strumento utilizzato per motivi di risparmio energetico sono i benefici concessi ai consumatori per l'acquisto di beni di consumo ad alta efficienza energetica perché stimolano le imprese produttrici di beni di consumo ed elettrodomestici a produrre in conformità ai più alti standard di risparmio energetico. Un'altra modalità è rappresentata dalle eco-tasse; l'esenzione dalle ecotasse è una fattispecie che, in astratto, rientra nel divieto di aiuto di stato di cui all'articolo 87, paragrafo 1, in particolare quando viene soddisfatto il criterio della selettività per risultano beneficiarie di questa esenzione fiscale solo determinate imprese. L'esenzione dalle eco-tasse selettive è ammissibile solo se vengono soddisfatte cumulativamente alcune condizioni: la misura contestata deve essere

che saranno materia oggetto di approfondimento nel prossimo capitolo, ci si limita qui ad esaminare in che modo l'esigenza di protezione ambientale, insita nella direttiva sull'uso delle fonti rinnovabili e nella direttiva sui permessi di inquinamento, possa incidere sull'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato nel settore dell'energia.

Per aiuti in favore dell'impiego di energie rinnovabili si intendono tutti gli incentivi che permettono di aumentare la quota di energia rinnovabile rispetto alla produzione complessiva di energia. La normativa comunitaria prevede, ai sensi della direttiva 2001/77/CE, l'obbligo per gli Stati di utilizzare il 10% del consumo di energia da fonti rinnovabili; in una prospettiva *de iure condendo*, la nuova proposta di direttiva sulle fonti rinnovabili²⁸⁸ consentirà di portare il consumo di energia rinnovabili al 20% del consumo energetico totale entro il 2020. L'innalzamento della quota di energia che fa ricorso alle fonti rinnovabili determinerà certamente un incremento di finanziamenti pubblici nel settore delle rinnovabili e dunque è facile prevedere che la materia possa formare oggetto di contenzioso per le distorsioni della concorrenza, che possono derivare da un utilizzo 'disinvolto' della disciplina sugli aiuti di Stato. Gli aiuti per gli investimenti nel settore delle energie rinnovabili possono essere concessi tramite strumenti di mercato (certificati verdi²⁸⁹ o sistemi basati su gare d'appalto) ovvero attraverso misure individuali (esenzioni e sgravi fiscali, sussidi ed incentivi per la compensazione dei costi o l'ammortamento degli impianti di produzione di energie rinnovabili)²⁹⁰.

Si tratta di stabilire se i sussidi statali rivolti alle imprese e finalizzati a favorire un maggiore impiego di fonti rinnovabili nei cicli produttivi possa essere considerato un aiuto di Stato compatibile ai sensi dell'articolo 107, par. 3, lettera c) TFUE ovvero ai sensi della lettera b) nel caso di aiuti rivolti alla realizzazione di progetti comuni di interesse europeo.

In realtà, la risposta sembra essere meno scontata di quanto potrebbe apparire a prima vista. È di tutta evidenza che forme di incentivo all'impiego di fonti rinnovabili siano una delle priorità della

giustificata da un cambiamento significativo delle condizioni economiche del settore di riferimento che pone le imprese interessate in una difficile situazione di concorrenza, deve essere limitata nel tempo, deve rispettare il principio di proporzionalità e deve essere conforme agli obblighi imposti dalla direttiva 2003/96/CE sulla tassazione dei prodotti energetici.

²⁸⁸ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, presentata dalla Commissione il 23 gennaio 2008, COM(2008) 19 def.

²⁸⁹ I certificati verdi possono essere considerati aiuti di Stato autorizzati per motivi di tutela ambientale solo se il loro prezzo è stabilito dal mercato e non dall'autorità pubblica.

²⁹⁰ Possono essere autorizzate forme di aiuti come la compensazione dei costi per la creazione di impianti di produzione di energia rinnovabile purché il sostegno non determini una sovra compensazione a vantaggio delle imprese beneficiarie.

politica energetica europea e che possano risultare strumenti idonei al perseguimento del principio dello sviluppo sostenibile. Pur tuttavia, l'articolo 107, par. 3, TFUE è una deroga e come tale deve essere interpretata restrittivamente, per non rischiare di allargare le maglie di discrezionalità concesse agli Stati, affinché non si verifichi un aggiramento del contenuto precettivo del divieto. In primo luogo, è controverso stabilire se un aiuto di Stato rivolto alle imprese, affinché queste rispettino gli obblighi comunitari già in vigore, sia giustificabile in termini di tutela ambientale. Se la normativa comunitaria fissa uno standard minimo di tutela ambientale, il raggiungimento della soglia prestabilita è un obbligo comunitario che si impone a prescindere dall'esistenza dell'aiuto, la cui concessione non eleverebbe il livello di tutela ambientale uno standard superiore rispetto a quello già stabilito dal diritto dell'Unione. D'altra parte, vi sarebbero buone ragioni per sostenere che l'aiuto potrebbe servire ad accelerare il processo di transizione economica in senso più favorevole all'ambiente e dunque potrebbe garantire un'attuazione significativamente più rapida degli obblighi comunitari. Anche ammettendo che un aiuto di Stato concesso per l'impiego di fonti rinnovabili concretizzi una misura di potenziamento della tutela dell'ambiente, la natura derogatoria della norma imporrebbe che l'intervento statale non possa superare la compensazione tra i costi relativi all'impiego di combustibili fossili ed i costi relativi all'impiego delle fonti rinnovabili.²⁹¹ La valutazione della compensazione dovrebbe inoltre tener conto dell'effetto indiretto che la normativa sullo scambio di quote di emissione può avere sui costi di produzione di un'impresa che decida di utilizzare nel proprio ciclo produttivo sostanze meno inquinanti, al fine di evitare l'effetto cumulativo dei benefici e dunque il rischio di una maggiore distorsione della concorrenza, particolarmente evidente se le misure riguardano imprese di grandi dimensioni.

Analogamente, un aspetto molto controverso riguarda il ruolo dei biocarburanti rispetto all'esigenza di tutelare l'ambiente. L'utilizzo e la promozione dei biocarburanti rappresenta una delle priorità della politica energetica europea come dimostra l'imposizione dell'obbligo minimo vincolante²⁹² di raggiungere la soglia del 10% di biocarburanti rispetto al consumo complessivo di benzina e diesel nel settore dei trasporti entro il

²⁹¹ Nell'attuale scenario di mercato, il costo della produzione di energia da fonti rinnovabili è superiore rispetto al costo della produzione di energia che si ottiene dai combustibili fossili; pur tuttavia, il *trend* economico segnala un progressivo assottigliamento del margine di differenza dei costi relativi all'impiego delle fonti rinnovabili rispetto alle fonti tradizionali.

²⁹² Direttiva 2003/30/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla promozione dell'uso dei biocarburanti o di altri carburanti rinnovabili nei trasporti.

2020.²⁹³ Se è palese il beneficio connesso all'utilizzo dei biocarburanti per la realizzazione di interessi pubblici come la sicurezza degli approvvigionamenti, la sostenibilità ambientale, l'adattamento ai cambiamenti climatici, è tuttavia ancora poco evidente il rischio di distorsione che l'impiego dei biocarburanti può avere nella concorrenza tra i produttori di biocarburanti, nonché l'effetto negativo che essi possono produrre sulla sicurezza alimentare e sulla politica commerciale comune, in considerazione dell'attrattiva per i produttori di biocarburante di importare un certo tipo di biocarburanti dai Paesi terzi, piuttosto che produrlo all'interno del territorio comunitario.²⁹⁴ Con particolare riguardo al mercato dei biocarburanti, risulta particolarmente difficile individuare lo scenario contro-fattuale sulla base del quale valutare se l'aiuto di Stato, concesso ai produttori di biocombustibili, generi una sovra-compensazione dei costi; nella determinazione dei costi delle biomasse, da cui i biocarburanti traggono origine, bisogna infatti prendere in considerazione, non solo le fluttuazioni dei prezzi relativi ai combustibili fossili, ma anche le oscillazioni dei prezzi dei mercati agricoli.

Particolarmente delicato e di estrema attualità è poi il problema della compatibilità con la disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato della normativa sullo scambio di quote di emissione. La direttiva 2003/87/CE ha istituito un mercato delle quote di emissioni in conformità con gli obblighi previsti dal protocollo di Kyoto sulla lotta ai cambiamenti climatici. Limitando in questa sede l'analisi della normativa ai (soli) profili di (in)compatibilità con la disciplina degli aiuti di Stato, possono sorgere dubbi in riferimento al campo di applicazione, nonché all'attuazione pratica che il sistema ha finora avuto, attraverso l'elaborazione dei piani nazionali di assegnazione delle quote di emissione.²⁹⁵ In riferimento all'ambito di applicazione della normativa, ci si potrebbe chiedere, in primo luogo, se la delimitazione dei destinatari della norma alle imprese che appartengono solo a taluni settori produttivi, non crei un vantaggio, ovvero uno svantaggio competitivo, a seconda che

²⁹³ Non tutti i biocarburanti producono infine lo stesso beneficio di tutela ambientale. Le istituzioni comunitarie sembrano voler recepire un approccio differenziato sui biocarburanti, modulando il regime autorizzatorio sugli aiuti attraverso l'introduzione di una distinzione tra biocarburanti e biocarburanti sostenibili elencati nell'articolo 15 della proposta di direttiva sulle energie rinnovabili prec. cit.

²⁹⁴ In particolare, uno degli effetti prodotti dal regime autorizzatorio previsto dalla disciplina degli aiuti di Stato, in riferimento all'utilizzo dei biocarburanti, sembra quello di aver determinato un forte aumento dell'importazione di bio-etanolo dal Brasile.

²⁹⁵ Il problema era noto al legislatore comunitario e non a caso l'articolo 9 della Direttiva 2003/87/CE imponeva il rispetto della normativa nazionale di attuazione con la disciplina sugli aiuti di Stato.

si interpreti lo strumento di mercato, istituito dalla direttiva, come un costo oppure come un'opportunità di sviluppo. Se si considera l'istituzione dei meccanismi flessibili come un costo all'attività delle imprese, sarebbe la stessa norma comunitaria ad aver creato distorsioni della concorrenza, perché la direttiva genera uno svantaggio competitivo per le imprese che rientrano nel campo di applicazione della normativa, rispetto alle concorrenti escluse dal sistema. Lo svantaggio competitivo consisterebbe nel fatto che il sistema di scambio delle quote di mercato introduce, in sostanza, una tassazione indiretta, volta ad internalizzare un costo ambientale, rappresentato dalle emissioni inquinanti. All'inverso, se si concepisce il sistema di scambio delle quote di emissioni come un'opportunità di crescita economica, per le imprese che sono in grado di gestire il loro ciclo produttivo in maniera eco-compatibile, le imprese escluse dal campo di applicazione della direttiva potrebbero lamentare di essere state penalizzate, perché restando di fatto fuori dal circuito dei diritti di credito derivanti dalla vendita di quote in eccesso di energia pulita, non possono avvantaggiarsi, in termini di competitività, rispetto alle imprese che inquinano di più.

La questione è stata di recente affrontata dalla Corte di Giustizia nella causa *Arcelor*.²⁹⁶ Il Conseil d'État francese aveva posto alla Corte di Giustizia un quesito pregiudiziale per sapere se l'inclusione dall'ambito di applicazione della direttiva 2003/87/CE, istitutiva dello scambio di

²⁹⁶ Sentenza della Corte di Giustizia 16 dicembre 2008, in causa C-127/07, *Arcelor*, non ancora pubblicata. La causa *Arcelor* è stato oggetto di numerosi commenti nella dottrina francese in riferimento al rapporto tra il primato del diritto comunitario e l'ordinamento giuridico francese, in particolare per l'ipotesi che la causa abbia segnato un allineamento tra la giurisprudenza del Conseil d'État ed il Conseil constitutionnel francese sulla natura dei rapporti tra il diritto comunitario ed il diritto costituzionale francese. In riferimento al commento della decisione del Conseil d'État si rimanda a F. LENICA, J. BOUCHER, *Le juge administratif et le statut constitutionnel du droit communautaire dérivé, L'actualité juridique in droit administratif* 2007 pp. 577-583; P. CASSIA, 'Principe constitutionnel d'égalité: renvoi à la CJCE pour difficulté sérieuse', in *La Semaine juridique - édition générale* 2007, II 10049 pp. 68-70; F. CHALTIEL, 'Le Conseil d'État reconnaît la spécificité constitutionnelle du droit communautaire. À propos de la décision Arcelor du 8 février 2007', in *Revue du marché commun et de l'Union européenne* 2007 pp. 335-338; P. CHRESTIA, 'Une nouvelle digue constitutionnelle a cédé: le Conseil d'État constitutionnalise le droit communautaire dérivé', in *Petites affiches. La Loi / Le Quotidien juridique* 2007 n° 133 pp. 27-30; P. CASSIA, 'Le droit communautaire dans et sous la Constitution française', in *Revue trimestrielle de droit européen* 2007 p.406-415; L. GAY, 'Le Conseil constitutionnel, juge de droit commun du droit communautaire?', in *Recueil Le Dalloz* 2007 pp. 1166-1168. Per uno sguardo alla dottrina italiana, si rinvia a O. POLLICINO, 'Conseil d'Etat: Decision N. 287110 of 8 February 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine and others', in *CMLR*, 5/08, pp. 1519-1540; O. POLLICINO, 'Tanto rumore per (quasi) nulla? Sulla decisione Arcelor del Conseil d'Etat in tema di rapporti tra ordinamento interno e diritto comunitario', in *Diritto dell'Unione europea*, 4/07, pp. 895-916; M. DICOSOLA, 'La primauté in Francia tra giurisprudenza amministrativa, costituzionale e comunitaria', in *Diritto pubbl. comp. ed eur.*, 2007 pp. 615-620.

quote di emissione di gas ad effetto serra, degli impianti del settore siderurgico (cui appartenevano le ricorrenti Société Arcelor Atlantique et Lorraine) e l'esclusione degli impianti del settore chimico e di quello dei metalli non ferrosi non costituissero una violazione del principio della parità di trattamento, quale principio generale del diritto dell'Unione.²⁹⁷ L'argomento dedotto in giudizio mirava a riproporre il dubbio che l'approccio settoriale seguito dal legislatore comunitario nel delimitare il campo di applicazione della direttiva controversa avesse generato distorsioni della concorrenza tra settori industriali inquinanti e tra loro competitivi.

La Corte di Giustizia ha deciso che l'approccio settoriale adottato dal legislatore comunitario nella delimitazione dell'ambito di applicazione della normativa controversa rientrasse nei limiti del potere discrezionale di cui disponeva e che la differenza del livello di emissioni dirette tra i settori interessati giustificasse un trattamento differenziato.²⁹⁸

La normativa in esame non è risultata in violazione del principio generale della parità di trattamento anche perché il diverso regime cui sono sottoposti i settori produttivi, risulta giustificato dall'approccio legislativo 'sperimentale' su cui si basa la direttiva 2003/87/CE. I giudici comunitari hanno riconosciuto che il legislatore comunitario ha avviato nella lotta ai cambiamenti climatici una politica nuova che mira a creare un'armonizzazione legislativa in più fasi, attraverso l'istituzione di innovativi strumenti di mercato, quali i crediti di emissione. Il ricorso alla sperimentazione legislativa presuppone che il legislatore comunitario goda di un ampio margine di valutazione discrezionale per decidere l'opportunità ed il ritmo con cui procedere ad un tipo di armonizzazione fondato sull'idea di «learning by doing» nel campo normativo. Il riconoscimento della legittimità della sperimentazione legislativa comporta l'idea che la delimitazione artificiale del campo di applicazione della normativa sui permessi di inquinamento, sia limitata temporalmente alla verifica dell'esito della prima fase di applicazione richiedendo, in

²⁹⁷ Per un riferimento del principio della parità di trattamento come principio generale di diritto dell'Unione si rinvia in giurisprudenza alle sentenze 13 dicembre 1984, causa 106/83, *Sermide*, in *Racc.* 1984, pag. 4209, punto 28; 5 ottobre 1994, cause riunite C-133/93, causa C-300/93 e C-362/93, *Crispoltoni e a.*, in *Racc.* 1994, pag. I-4863, punti 50 e 51, nonché 11 luglio 2006, causa C-313/04, *Franz Egenberger*, in *Racc.* 2006, pag. I-6331, punto 33.

²⁹⁸ La differenza del livello di emissioni dirette tra i settori interessati è talmente rilevante che il trattamento differenziato, almeno durante la prima fase di attuazione del sistema di scambio di quote e tenuto conto dell'approccio progressivo su cui si basa la direttiva 2003/87, può ritenersi giustificato senza che al legislatore comunitario sia imposto di dover tener conto delle emissioni indirette imputabili ai diversi settori. I giudici comunitari hanno pertanto constatato che il legislatore comunitario non ha violato il principio di parità di trattamento a causa di un trattamento differenziato di situazioni analoghe, escludendo dall'ambito di applicazione della direttiva 2003/87 i settori della chimica e dei metalli non ferrosi

sede di revisione normativa, che la disciplina possa estendersi successivamente a tutti gli operatori.

Un altro profilo di criticità tra la normativa comunitaria sui permessi di inquinamento e la disciplina sugli aiuti di Stato riguarda le misure nazionali di assegnazione delle quote di emissione.

La direttiva 2003/87/CE prescrive l'obbligo in capo agli SM di predisporre un piano nazionale di assegnazione (PNA) delle quote relative ai permessi di inquinamento da notificare alla Commissione, a cui spetta il compito di controllare che i piani nazionali non costituiscano aiuti di Stato, ovvero che pur essendo qualificabili come aiuti di Stato possano essere giustificati ai sensi dell'art. 107, par. 3, lettera c) TFUE.

La Corte di Giustizia non si è ancora pronunciata sulla materia, ma può essere utile individuare, per analogia con le argomentazioni utilizzate, un collegamento con una recente sentenza del Tribunale di Primo grado.²⁹⁹ La causa T-233/04 trae origine da una norma nazionale di attuazione degli obblighi previsti dalla direttiva 2001/81/CE³⁰⁰ che impone un limite alle emissioni di alcuni agenti inquinanti, tra cui gli ossidi di azoto; in adempimento degli obblighi comunitari, la legge nazionale dei Paesi Bassi stabilisce, per alcuni impianti industriali, un parametro relativo di emissione di NO_x da rispettare. L'impresa può rispettare il parametro di emissione prescritto o adottando misure di riduzione delle emissioni inquinanti nel proprio impianto, o acquistando diritti di emissione da altre imprese, oppure combinando le due opzioni.

Le riduzioni delle emissioni, in forma di crediti di NO_x, sono proposte sul mercato di scambio dei diritti di emissione da parte degli impianti le cui emissioni sono inferiori al parametro prescritto. A seguito dell'adozione di una decisione della Commissione³⁰¹ che aveva qualificato come aiuto di Stato il sistema di scambio di diritti di emissione, i Paesi Bassi avevano proposto ricorso, ex articolo 230 CE (ora art. 263 TFUE), per chiedere l'annullamento della decisione. In primo luogo, si trattava di stabilire se un sistema nazionale che stabiliva

²⁹⁹ Sentenza del Tribunale del 10 aprile 2008, nella causa T-233/04, *Regno dei Paesi Bassi c. Commissione*, non ancora pubblicata.

³⁰⁰ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 23 ottobre 2001, 2001/81/CE, relativa ai limiti nazionali di emissione di alcuni inquinanti atmosferici (GU L 309, pag. 22):

³⁰¹ Decisione della Commissione 24 giugno 2003, C (2003) 1761 def., relativa all'aiuto di Stato n. N 35/2003 riguardante un sistema di scambio di diritti di emissione per gli ossidi d'azoto comunicato dal Regno dei Paesi Bassi. La Commissione aveva constatato che la misura controversa dava luogo ad un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE, aggiungendo però che tale aiuto risultava compatibile con il mercato comune in conformità all'art. 87, n. 3, CE e all'art. 61, n. 3, lett. c), dell'accordo sullo Spazio economico europeo (SEE). La Commissione aveva invitato le autorità olandesi a trasmetterle annualmente una relazione riguardante l'esecuzione della misura controversa e a notificarle preventivamente qualsiasi modifica delle condizioni alle quali l'aiuto era concesso.

un sistema di scambio di diritti di emissione per gli ossidi di azoto potesse essere considerato un aiuto di Stato, ai sensi dell'articolo 87, par. 1, CE (ora art. 107, par. 1, TFUE) e successivamente, qualora in caso affermativo, se potesse beneficiare della deroga prevista per la tutela dell'ambiente. In riferimento alla nozione di aiuto di Stato, i profili controversi della misura impugnata riguardavano il soddisfacimento dei requisiti dell'origine statale delle risorse e della selettività.

Con particolare riguardo al primo criterio, si trattava di stabilire se la concessione gratuita da parte dello Stato di crediti di ossido di azoto potesse essere qualificata come un vantaggio alle imprese concesso dallo Stato, tramite l'utilizzo di risorse statali, ovvero andasse considerato come l'imposizione di un parametro ambientale di origine legale, che non costituiva alcun utilizzo di denaro pubblico, proprio perché l'assegnazione era avvenuta in modo gratuito. Il Tribunale ha statuito che la creazione di un sistema di diritti di emissione, determina un attivo immateriale negoziabile, che rappresenta un trasferimento di risorse pubbliche, sotto forma di una perdita di entrate statali. Gli attivi immateriali, costituiti dai crediti di emissione, proprio perché sono stati messi a disposizione gratuitamente alle imprese interessate, laddove avrebbero potuto essere venduti o aggiudicati attraverso una gara d'appalto, rappresentano una rinuncia a risorse statali. La misura contestata riduce gli oneri che avrebbero normalmente dovuto gravare sul bilancio delle imprese³⁰² e dunque non può non essere considerato un vantaggio concesso alle imprese interessate, mediante risorse statali. In riferimento al criterio della selettività, il problema scaturiva dal fatto che la misura contestata non riguardava la totalità delle imprese olandesi, ma solo un gruppo ristretto di grandi imprese industriali.³⁰³

In questo caso, i giudici comunitari hanno ritenuto che la misura controversa non avesse carattere selettivo dal momento che riguardava le imprese più inquinanti, individuate attraverso un criterio oggettivo, relativo alla potenza energetica installata, e che tale criterio dovesse essere giudicato conforme allo scopo di tutela ambientale, perseguito dalla direttiva comunitaria. In realtà, il ragionamento dei giudici sembra

³⁰² Il valore economico dei diritti di emissione consisterebbe soprattutto nel fatto che se un'impresa supera il suo parametro di emissioni può, acquistando i diritti necessari, evitare che le autorità olandesi le infliggano un'ammenda. Tali diritti sarebbero già negoziabili all'inizio dell'anno, cosicché un'impresa posta di fronte ad un problema di liquidità potrebbe venderli. Il Tribunale di primo grado ha ritenuto che la misura controversa non si limitava alla imposizione di un parametro legale di emissione che le imprese interessate hanno l'obbligo di rispettare, ma ha istituito un sistema di diritti negoziabili, attribuendo un valore di mercato ai diritti di emissione per gli ossidi di azoto.

³⁰³ I beneficiari del sistema di concessione gratuita dei crediti di emissione erano 250 grandi industrie olandesi che possiedono una potenza installata superiore a 20 MWth.

peccare di superficialità nella parte in cui vuole giustificare la scelta dei destinatari individuati dalla norma nazionale, con una valutazione relativa allo scopo della norma sulla protezione ambientale, che atterrebbe al piano successivo dell'eventuale invocabilità della deroga di un aiuto di Stato, già pienamente posto in essere. Inoltre, la valutazione dei giudici non tiene in considerazione che l'effetto di incentivazione alle imprese per modificare i loro comportamenti in senso maggiormente rispettoso degli standard ambientali, è più efficace semmai per le piccole e medie imprese, piuttosto che per i grandi impianti industriali.

La delimitazione dei destinatari del vantaggio alle grandi imprese industriali può avere un effetto distorsivo sulla concorrenza ben più grave, in quanto una misura attributiva di attivi immateriali negoziabili, rappresenta un vantaggio competitivo per i grandi impianti industriali olandesi rispetto alle altre imprese, localizzate nel territorio degli altri Stati membri.

In attesa che i giudici tornino a pronunciarsi in materia, per confermare o mutare questo indirizzo giurisprudenziale, è utile sottolineare le analogie e le differenze tra la normativa sul sistema di scambio di diritti di emissione per gli ossidi d'azoto e la normativa sugli scambi di quote di emissione di Co₂, anche per vedere come i giudici comunitari potranno valutare le controversie in materia di compatibilità tra i piani nazionali di assegnazione dei permessi di inquinamento e la disciplina sugli aiuti di Stato.³⁰⁴

La misura nazionale olandese istitutiva di un sistema di scambio di diritti di emissione per gli ossidi d'azoto è un sistema del tipo «*dynamic cap*», in cui le imprese interessate non hanno un obbligo di acquisto di crediti di emissione, ma devono semplicemente rispettare il loro parametro di emissione, che dipende dal consumo di energia e viene adeguato in funzione di quest'ultimo. I sistemi nazionali di assegnazione delle quote di emissione sono invece sistemi del tipo «*cap-and-trade*» in cui il totale dei permessi negoziabili è assegnato *a priori* dagli Stati membri, a seconda delle rispettive situazioni nazionali per l'adempimento degli obblighi di riduzione delle emissioni inquinanti, e le imprese che vogliono accrescere le loro attività devono anzitutto acquistare la quantità necessaria di quote e successivamente decidere se ridurre i costi di inquinamento e vendere le quote in eccesso, ovvero continuare ad inquinare acquistando i permessi di inquinamento.

³⁰⁴ Sembra fin troppo facile prevedere che il secondo periodo di attuazione (2008-2012) della normativa sugli scambi delle quote di emissione possa generare un alto tasso di controversie, in particolare nel settore energetico della concorrenza, che finiranno per arrivare davanti giudici comunitari.

Sul versante delle analogie, entrambi i meccanismi creano un sistema di diritti negoziabili, nell'ambito del quale vengono assegnate alle imprese crediti di emissione, che vengono qualificati come atti immateriali, dotati di valore commerciale. Un piano nazionale che disponga l'assegnazione di quote di emissione, in modo gratuito ovvero praticando prezzi più bassi del valore di mercato delle quote, difficilmente potrà non essere considerato una concessione di risorse statali, poiché in questo modo lo Stato membro decide di rinunciare al mancato guadagno di risorse statali che sarebbero derivate dalla vendita dei permessi, ovvero dalla loro aggiudicazione tramite gara d'appalto.

Secondo l'orientamento prevalente, un sistema di scambio di diritti di emissione deve dunque essere considerato un vantaggio (e non un costo) perché si concedono alle imprese attivi immateriali, sotto forma di crediti di emissione, immediatamente negoziabili. Per quanto riguarda il criterio della selettività, un provvedimento statale relativo al piano di assegnazione dei permessi di inquinamento che avvantaggi indistintamente l'insieme delle imprese ubicate nel territorio nazionale non può costituire un aiuto di Stato. Diversamente, se il piano nazionale di assegnazione riguarda determinate imprese o taluni settori produttivi, possono venire in rilievo profili di incompatibilità con la disciplina sugli aiuti di Stato. Se la selettività del piano di assegnazione dipende dall'individuazione dei criteri, con i quali vengono selezionate le imprese beneficiarie, l'oggettività dei criteri non dovrebbe rilevare per sindacare la conformità della normativa nazionale, rispetto agli scopi di tutela ambientale prescritti a livello comunitario, bensì per evitare che si creino disparità di trattamento tra imprese che si trovano in situazioni analoghe. Se il piano nazionale di assegnazione integra gli estremi di un aiuto di Stato, è possibile invocare la deroga prevista per le misure nazionali che determinano un innalzamento degli standard di tutela ambientale.

Tuttavia, non dovrebbe sussistere una presunzione di beneficio in materia, perché gli Stati membri dovrebbero dare la prova che effettivamente il meccanismo di assegnazione delle quote nazionali sia idoneo ad aumentare gli standard ambientali e le istituzioni comunitarie sono chiamate a vigilare attentamente sui metodi di fissazione del tetto di quote di emissioni per evitare che il mercato dei crediti di emissione venga 'drogato' da un eccesso di offerta e che dunque risulti assolutamente inefficace nel perseguire la riduzione delle emissioni inquinanti. Al momento dell'esaurimento del primo periodo di attuazione (2005-2007), il sistema dello scambio di emissione delle quote di inquinamento è risultato inefficiente dal punto di vista della tutela ambientale ed il risultato è contraddittorio dal punto di vista della concorrenza.

Finché il piano normativo sarà caratterizzato da differenti obiettivi nazionali di riduzione delle emissioni inquinanti e ciascuno Stato deciderà autonomamente di stabilire i criteri nazionali di ripartizione delle quote di emissione, è inevitabile che si produrranno fenomeni distorsivi della concorrenza, per violazione del divieto di aiuti di Stato. In questa situazione, in attesa che il legislatore europeo³⁰⁵ stabilisca criteri uniformi di assegnazione delle quote, ovvero proceda ad armonizzare la materia attraverso l'istituzione di una gara d'appalto a livello europeo dei crediti di emissione, spetterà ai giudici comunitari identificare puntualmente i criteri di valutazione sulla base dei quali assicurare il rispetto della disciplina degli aiuti di Stato, ed operare un bilanciamento tra il principio della libera concorrenza ed il principio della tutela dell'ambiente.

6.7 Gli aiuti di Stato e le misure di reintegrazione dei costi non recuperabili dell'elettricità

Com'è si è già osservato (§ Cap. I), il processo di liberalizzazione dei mercati energetici è stato pensato in varie fasi per favorire una progressiva transizione di tali mercati verso la piena concorrenza a livello europeo. La normativa europea lasciava ampi margini di discrezionalità agli Stati membri nel predisporre una serie di misure idonee a consentire alle imprese operanti nei mercati nazionali dell'elettricità e del gas di adeguarsi progressivamente all'introduzione della concorrenza. La prima direttiva di liberalizzazione (Direttiva 96/92/CE) si preoccupava di realizzare questa transizione in maniera graduale da un lato, prevedendo la possibilità per gli Stati membri di chiedere una deroga transitoria all'applicazione di alcune sue disposizioni³⁰⁶ e dall'altro, prevedendo un sistema di aiuti di Stato che consentisse alle imprese del settore di prepararsi adeguatamente all'introduzione della concorrenza. Sotto quest'ultimo profilo, si è sviluppato il tema della compatibilità tra la disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato e le misure di reintegrazione dei costi non recuperabili (c.d. '*stranded costs*').

I costi non recuperabili del mercato elettrico sono gli investimenti, gli impegni o le garanzie che le imprese elettriche hanno assunto fino al 19 febbraio 1997³⁰⁷ e che sono diventati '*antieconomici*' a seguito dell'introduzione della liberalizzazione dei mercati energetici. Le imprese

³⁰⁵ E' attualmente in discussione una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio di modifica alla direttiva 2003/87/CE presentata dalla Commissione il 23 gennaio 2008, COM(2008) 30 def.

³⁰⁶ La maggioranza degli Stati membri hanno deciso di notificare alla Commissione provvedimenti transitori avvalendosi dell'articolo 24 della direttiva 96/92/CE.

³⁰⁷ Data di entrata in vigore della direttiva 96/92/CE.

avevano infatti assunto oneri economici muovendosi su uno scenario di tipo non concorrenziale; il mutamento del quadro regolatorio in senso pro-concorrenziale avrebbe dovuto portare ad un calo dei prezzi dell'energia elettrica e ad una perdita di quote di mercato da parte delle imprese interessate. Si era inteso dunque agevolare il passaggio delle imprese ad un mercato concorrenziale dell'elettricità coprendo i costi di alti investimenti realizzati ancora in uno scenario economico di bassa concorrenza, anche al fine di evitare che le imprese scaricassero sui consumatori finali il costo dei loro investimenti non più recuperabili nel mutato assetto di un mercato concorrenziale.³⁰⁸

Gli aiuti destinati a compensare i costi non recuperabili trovavano giustificazione anche nel fatto che il processo di liberalizzazione dei mercati elettrici non era stato determinato da fattori endogeni del mercato, come una transizione tecnologica o l'espansione della domanda, ma da fattori esogeni al mercato e causati da una precisa volontà di politica legislativa. Nonostante la Commissione avesse assunto una posizione di generale favore sulle compensazione dei costi, stabilendo le condizioni alle quali queste misure venivano ammesse a godere di un giudizio di compatibilità ai sensi dell' articolo 87, par. 3 lett. c., CE (ora art. 107, par. 3, lett. c, TFUE) questo non ha evitato che sorgesse un elevato contenzioso in materia e che si formasse una certa giurisprudenza sul punto.

Da ultimo, il *caso Iride*³⁰⁹ consente di ripercorrere le tappe principali del tema. Il gruppo Iride, sorto nel 2005 in seguito alla fusione delle società AEM Torino spa ed AMGA spa, opera nel mercato italiano dell'energia elettrica e termica; il gruppo risultava beneficiario di un fondo di aiuti³¹⁰ che gli consentiva di recuperare i costi fissi relativi ad investimenti effettuati in conformità ad obblighi imposti dallo Stato prima dell'intervento della legislazione comunitaria in materia di liberalizzazione dei mercati dell'elettricità. La Commissione con la Decisione 2006/941/CE aveva subordinato la compatibilità di un aiuto di Stato, realizzato attraverso sovvenzioni destinate a rimborsare i costi non recuperabili nel settore dell'energia elettrica, alla condizione che la AEM Torino rimborsasse i precedenti aiuti illegali accordati in favore delle aziende municipalizzate. Il Gruppo Iride chiedeva l'annullamento delle decisione, contestando che le misure compensative potessero essere

³⁰⁸ V. Comunicazione della Commissione del 25 luglio 2001 relativa al metodo per l'analisi degli aiuti di Stato connessi a taluni costi non recuperabili.

³⁰⁹ Sentenza del Tribunale dell'11 febbraio 2009 In causa T-25/07, Iride spa c. Commissione, non ancora pubblicata. La società Iride opera nel mercato dell'energia elettrica e termica; il gruppo Iride è sorto nel 2005 dalla fusione di AEM Torino spa ed AMGA spa

³¹⁰ L'entità dei costi non recuperabili a carico della società AEM Torino (poi confluita nel Gruppo Iride) sono stati quantificati per un ammontare pari a 16.338.000 euro.

qualificate come aiuti di Stato³¹¹ e non ritenendo applicabile la ‘*giurisprudenza Deggenndorf*’³¹² in materia di effetto sospensivo dell’erogazione dell’aiuto. In base ad un consolidato orientamento³¹³, le misure compensative dei costi non recuperabili dell’elettricità rientrano nella nozione di aiuti di Stato, ai sensi dell’articolo 87, n. 1, CE ma beneficiano della deroga di cui all’articolo 87, paragrafo 3, lettera c, CE in quanto la distorsione della concorrenza che essi producono è controbilanciata dal contributo che essi forniscono alla realizzazione dell’obiettivo di liberalizzazione del mercato a tutela dei consumatori che non potrebbe essere raggiunto dalle sole forze di mercato. Nel caso di specie, il Tribunale ha da un lato, affermato che le reintegrazioni di costi non recuperabili sono aiuti di Stato anche quando la compensazione

³¹¹ Più in particolare, la ricorrente sollevava a fondamento del proprio ricorso l’errata qualificazione della misura controversa come aiuto di Stato perché mancavano i requisiti delle risorse statali e del conferimento di un vantaggio ai beneficiari. In merito alla prima eccezione bisogna considerare che la copertura dei costi non recuperabili avveniva attraverso il trasferimento di importi provenienti da soggetti privati (i consumatori finali di elettricità) in favore di altri enti privati (le imprese distributrici di energia elettrica), non comportando alcun utilizzo di risorse statali. La Corte ha tuttavia respinto tale eccezione ritenendo che il sistema italiano di compensazione dei costi, pur provenendo da soggetti privati ed essendo destinati ad imprese private, integrasse il criterio delle risorse statali in quanto le somme versate dai privati venivano depositate presso il CCSE (ente pubblico) che aveva poi il compito di destinare le somme versate in favore delle imprese beneficiarie. Di talchè, la Corte ha affermato che attraverso la CCSE, lo Stato mantenesse il controllo e la disponibilità delle somme versate, e dunque le compensazioni rientravano nella nozione di risorse pubbliche. Sotto il profilo dell’assenza di vantaggio, la ricorrente aveva sostenuto che la misura controversa non potesse essere considerata un beneficio quanto piuttosto l’annullamento di uno svantaggio concorrenziale dato alle imprese a patto che queste si conformassero agli obblighi di liberalizzazione prima ancora dell’entrata in vigore della normativa sulla liberalizzazione dell’elettricità. La Corte ha respinto anche questa seconda eccezione ritenendo che il mutamento di normativa introdotto dalla liberalizzazione dei mercati dell’elettricità non possa essere considerato come un’anomalia rispetto alle condizioni di mercato, per cui le imprese non godevano di alcun legittimo affidamento quanto al permanere del contesto normativo esistente e del quale sarebbero dovute essere compensate.

³¹² Sentenza della Corte 15 maggio 1997, causa C-355/95 P, *TWD c. Commissione* in *Racc.* I-2549 e sentenze del Tribunale 13 settembre 1995 in cause riunite T-244/93 e T-486/93, *TWD c. Commissione* in *Racc.* II-2265.

La ‘*giurisprudenza Deggenndorf*’ ammette la sospensione dell’erogazione di un aiuto di Stato fin tanto che l’impresa beneficiaria non abbia preventivamente rimborsato un aiuto illegittimo, al verificarsi di tre condizioni: il precedente aiuto deve essere stato dichiarato illegale, ne deve essere stato imposto il recupero e la società beneficiaria deve essersi resa inadempiente rispetto a tale obbligo.

³¹³ Vedi Decisione della Commissione del 1 dicembre 2004 (Decisione Enel) sulla compatibilità delle misure di reintegrazione dei costi non recuperabili dell’elettricità. Vedi anche Decisione 2003/193/CE in materia di aiuti di stato relativi agli sgravi fiscali concessi dall’Italia in favore di imprese di servizi pubblici a prevalente capitale pubblico, in *GU L 77*, pag. 21. Non essendosi l’Italia conformata alla decisione sugli sgravi fiscali è stata dichiarata inadempiente dalla Corte di Giustizia nella causa Commissione c. Italia, C-207/05.

avvenga da privati a privati ma tramite uno specifico conto aperto presso un ente pubblico, la Cassa conguaglio per il settore elettrico (CCSE)³¹⁴; dall'altro, ha ritenuto che la Commissione ha agito entro la discrezionalità dei poteri ad essa conferiti dal Trattato in materia di aiuto di Stato ed ha applicato correttamente la giurisprudenza Deggendorf al fine di stabilire la sospensione dell'erogazione dell'aiuto giudicato compatibile fin tanto che l'AEM Torino non rimborsi i precedenti aiuti illegali accordati dal regime italiano a favore delle municipalizzate.

Il tema degli aiuti di Stato in riferimento alle misure di reintegrazione dei costi non recuperabili non è certo stato esclusivo del panorama italiano, ma è stato variamente affrontato anche in altri Stati membri. Giova ricordare che a volte gli *stranded costs* rilevano per le possibili incompatibilità dei sistemi tariffari regolamentati dell'elettricità, rispetto alla disciplina degli aiuti di Stato,³¹⁵ altre volte sono invece stati utilizzati dalla politica della concorrenza come male minore, perché funzionali alla creazione del mercato interno dell'energia. Così, si è verificato nel mercato della generazione di elettricità in Polonia che i costi non recuperabili siano stati concessi a titolo di indennità per le imprese titolari di contratti di acquisto di lunga durata, successivamente annullati per via legislativa poiché costituenti barriere normative di accesso ai mercati.³¹⁶ In Ungheria gli accordi di acquisto a lungo termine

³¹⁴ La Corte di cassazione (sezioni civili riunite) con sentenza n. 11632/03 del 3 Aprile 2003, in riferimento alla personalità giuridica della CCSE, ha qualificato la stessa come ente pubblico statale statuendo che le somme versate in deposito presso tale ente, pur provenendo da soggetti privati e pur essendo destinante ad imprese private, sono di proprietà pubbliche poiché lo Stato ha la facoltà di disporre delle somme disponibili, in particolare modificandone la destinazione.

³¹⁵ Sono attualmente in corso alcune indagini da parte della Commissione sulla procedura francese di regolamentazione delle tariffe elettriche e sulle tariffe elettriche spagnole che prevede un beneficio transitorio di due anni. Il '*sistema TaRTAM*' (Tarif réglementé Transitoire d'Ajustement du Marché) concede un beneficio transitorio di due anni, offrendo alle grandi imprese la facoltà di usufruire di un ritorno alle tariffe del mercato regolamentato, nonostante la scelta del mercato liberalizzato fosse divenuta irreversibile. Il sistema francese genera un beneficio per le imprese interessate se si considera che le tariffe del mercato regolamentato erano rimaste ad un livello sensibilmente inferiore rispetto alle tariffe del prezzo di mercato elettrico francese. Anche le tariffe elettriche spagnole sono al centro di un'indagine della Commissione aperta nel gennaio 2007, per valutare se l'imposizione di una regolamentazione delle tariffe elettriche nel 2005 in senso artificialmente basso rispetto alle normali condizioni di mercato, potesse costituire una forma di aiuto di Stato alle società spagnole di distribuzione dell'energia elettrica di medio-grandi dimensioni. La Commissione stima che le tariffe regolamentate del 2005 abbiano creato un deficit di bilancio del sistema elettrico spagnolo pari a €3.8 bilioni di euro, ripianabile con una sovrattassa pagata da tutti i consumatori spagnoli nella bolletta elettrica per i prossimi 14 anni.

³¹⁶ In Polonia, il 40% circa del mercato della generazione di elettricità era coperto da accordi di acquisto dell'elettricità a lungo termine con scadenza prevista nel 2027. In base a questi accordi, gli operatori di rete avevano l'obbligo di acquistare una quantità fissa di energia ad un prezzo prestabilito. Dopo aver aperto un'indagine nel 2005, la Commissione aveva qualificato tali

dell'elettricità sono stati dichiarati incompatibili in quanto aiuti di Stato, perché garantivano un 'ritorno' sicuro degli investimenti sulla produzione, attraverso la garanzia di un margine fisso di profitti; anche in questo caso, le imprese beneficiarie degli aiuti di Stato sono state tuttavia compensate attraverso il sistema di compensazione dei costi non recuperabili.³¹⁷

6.8 Gli aiuti di Stato e gli aiuti alla ricerca energetica

Un altro settore dove possono sorgere complicazioni in merito all'(in)compatibilità con gli aiuti di Stato è il settore degli aiuti alla ricerca. Com'è noto, la strategia di Lisbona imponeva che entro il 2010 gli SM destinassero il 3% del Pil alla ricerca ed il Consiglio europeo di Barcellona del 2002 ha richiamato l'obiettivo del 3%, individuando negli aiuti alla ricerca, realizzati attraverso benefici fiscali o finanziamenti pubblici, lo strumento che ciascuno Stato avrebbe probabilmente utilizzato per raggiungere l'obiettivo prestabilito.³¹⁸

Il settore energetico è particolarmente interessante per le opportunità economiche connesse nel breve termine, alla riduzione dei costi di impresa e, nel medio e lungo termine, per le prospettive di crescita economica ed occupazionale della *green economy*, intesa come ciclo di produzione economica non fondato sui combustibili fossili. Gli studi di ricerca nel campo energetico riguardano principalmente il settore della produzione dell'energia con la creazione di impianti basati su fonti rinnovabili, il settore del consumo con l'invenzione di nuove tecnologie che aumentino l'efficienza ed il risparmio energetico, ed il settore della distribuzione per la de-verticalizzazione della rete elettrica, attraverso la

accordi come aiuti di Stato in favore delle imprese di generazione, costringendo le autorità polacche a presentare nel 2007 un disegno di legge che prevedesse la fine degli accordi di acquisto ed istituisse un meccanismo di compensazione dei costi sostenuti dalle imprese di generazione in conformità con gli orientamenti della Commissione sull'analisi dei costi non recuperabili

³¹⁷ Gli accordi di acquisto dell'elettricità avvenivano in Ungheria tra gli operatori della rete elettrica di proprietà dello Stato ed alcuni impianti di produzione di proprietà privata. In base alla redditività sicura dell'investimento, la misura negoziale costituiva un aiuto di Stato a beneficio delle imprese di produzione di elettricità ungherese e risultava particolarmente dannoso per il mercato interno sia perché la data di estinzione dei contratti era fissata nel 2024, sia perché i contratti coprivano circa l'80% del mercato elettrico della produzione in Ungheria. Le autorità ungheresi si sono adeguate alla decisione della Commissione, ottenendo che le imprese beneficiarie fossero indennizzate attraverso l'erogazione di costi non recuperabili in conformità con gli orientamenti stabiliti dalla comunicazione della Commissione in materia.

³¹⁸ Accanto a programmi europei di ricerca per l'energia, si sono sviluppati negli ultimi anni programmi di finanziamento nazionali alla ricerca energetica.

creazione di tecnologie che consentano la generazione distribuita di energia.

Dal punto di vista normativo, gli aiuti agli studi ambientali rivolti al risparmio energetico ed alla produzione di energia da fonti rinnovabili sono equiparati alle misure a tutela dell'ambiente e dunque godono dell'autorizzazione prevista dall'articolo 87, par. 3, lettera c, del Trattato CE (ora art. 107, par. 3, lett. c, TFUE).³¹⁹ Per poter beneficiare del regime autorizzatorio, non è sufficiente però che un progetto di ricerca riguardi la tutela ambientale nel settore energetico, ma è necessario che la ricerca sia effettivamente finalizzata alla progettazione di investimenti che vadano oltre il livello di protezione dell'ambiente previsto dalle norme comunitarie in materia di energia. In considerazione dell'impatto che la riduzione dei costi energetici può avere sul costo finale dei prodotti e dunque sulle condizioni di competitività delle singole imprese, si tratta di evitare che gli aiuti di Stato nella ricerca energetica possano dissimulare forme di protezionismo nei confronti delle imprese nazionali che solo marginalmente abbiano riguardo alla tutela dell'ambiente ed all'uso efficiente delle risorse energetiche. Gli aiuti allo studio ambientale dovrebbero essere mirati ad eliminare quel particolare tipo di fallimento di mercato legato alle asimmetrie informative, perché le imprese (in particolare, quelle medio-piccole) tendono a sottovalutare i benefici economici connessi al risparmio energetico ed all'utilizzo di fonti rinnovabili nel loro ciclo di produzione e dunque, in assenza di interventi pubblici esterni, risultano poco incentivate ad investire in progetti di ricerca che vadano nella direzione di uno sviluppo energetico sostenibile.

Meno problematici risultano invece gli studi ambientali che riguardano progetti come per la costruzione di gasdotti, progetti per la realizzazione di interconnettori delle reti elettriche, ovvero ancora progetti per la creazione di sistemi di generazione distribuita (come ad esempio le ricerche sulle cellule ad idrogeno per la distribuzione di energia elettrica) che possono beneficiare della deroga di cui all'articolo 87, par. 3, lettera b) CE (ora art. 107, par. 3, lett. b) TFUE) se riguardano progetti comuni di ricerca ed investimento che interessano diversi Stati membri. In queste ipotesi, il coinvolgimento di più Stati membri attenua le possibilità di un intervento protezionistico a favore delle imprese nazionali e può rivelarsi uno strumento utile per convogliare le risorse economiche e umane nella realizzazione di investimenti comuni sull'ammodernamento delle attuali infrastrutture energetiche europee.

³¹⁹ In base alle nuove linee guida della Commissione sulla disciplina comunitaria degli aiuti di Stato per la tutela ambientale, l'intensità dell'aiuto ammesso può arrivare fino al 50% della copertura dei costi dello studio ambientale

7. Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale e applicabilità dell'art 106, par. 2, TFUE, nell'energia

La ricerca di un punto di equilibrio tra il principio della libera concorrenza ed interessi pubblici meritevoli di tutela trova un ulteriore terreno di confronto nella disciplina dei servizi di interesse economico generale (d'ora in poi: SIEG) nel settore energetico.

L'analisi della disciplina dei SIEG nell'energia può fornire un utile contributo non solo allo specifico studio dei servizi pubblici energetici nell'ordinamento comunitario, ma più in generale all'elaborazione di un vero e proprio modello sociale europeo.³²⁰ Nel campo dei SIEG, si può delineare una nuova tappa dell'integrazione europea, fondata sul riconoscimento di diritti sociali che possono risultare talora antagonisti rispetto agli obiettivi economici di mercati in via di completa liberalizzazione, ma dei quali bisogna tener conto per non sacrificare i bisogni dei consumatori e le esigenze di tutela di ulteriori interessi pubblici. In attesa di un approfondimento dell'integrazione europea orientato alla tutela dei diritti sociali rispetto ai fallimenti dei mercati, le istituzioni comunitarie, i giudici e la dottrina sono diventati protagonisti di un ampio dibattito in materia di SIEG.³²¹ Nello specifico settore dei SIEG dell'energia si tratta di analizzare 'quale sia in questo campo il *trade off* tra democrazia e liberalismo e come si vada manifestando, in concreto l'economia sociale di mercato'.³²²

³²⁰ In riferimento al rapporto tra SIEG e politica sociale europea si rinvia a G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale: contributo allo studio del modello sociale europeo*, Giappichelli, Torino, 2008.

³²¹ Per l'interpretazione dell'articolo 86, paragrafo 2, in dottrina v. J. V. LOUIS, S. RODRIGUES, *Les services d'intérêt économique générale et l'Union européenne*, Bruylant, 2006; F. CINTIOLI, 'Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza' in *Diritto dell'Unione europea*, 3/06, pp. 453-488; F. MUNARI, 'La disciplina dei servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati membri e interesse generale', in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2002, p. 39 e ss.; G. ROSSI (a cura di) *L'impresa europea di interesse generale*, Giuffrè, Milano, 2006; L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di) *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2001; R. CAFFERATA, M. MARTELLINI, D. VELO (a cura di) *Liberalizzazioni, impresa pubblica, impresa d'interesse generale nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2007; V. DE FALCO, *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, CEDAM, Padova, 2003.

³²² Così, F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, cit., p. 456. Più in particolare nel settore dei SIEG dell'energia si rinvia a N. AICARDI, *Energia*, in M. P. CHITI E G. CAIA (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, pp. 1043 e ss; R. CAIAZZO, 'Obblighi di servizio pubblico nei settori dell'elettricità e del gas in Italia', in *Rass. Giur. Energia elett.*, 2004, pp. 1-20; N. RANGONE, 'I tentativi di 'erosione' dei monopoli di importazione ed esportazione dell'elettricità', in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/1998, pp. 320-321; P. CAVALIERE, A. VEDASCHI, 'Il mercato europeo del gas naturale: un obiettivo ancora da raggiungere' in *Rivista dir. pubbl. it. e com.*, pp. 885-911; E. BERTOLINI, C. LUCIONI, *Il settore elettrico in Europa*, cit., pp. 849-851; M. CARTA,

In generale, la categoria dei servizi pubblici è stata al centro di un ampio processo di riforma, sin dagli inizi degli anni '90: lo sviluppo tecnologico ha consentito di scalfire il dogma dell'unicità della rete,³²³ rendendo possibile l'introduzione della libera concorrenza, come principio gestionale dei servizi a rete. Lo Stato si è visto così costretto ad arretrare il proprio terreno di pertinenza, lasciando spazi alla gestione dei servizi pubblici di carattere economico da parte delle imprese, prima pubbliche, poi miste ed infine private. Il processo di liberalizzazione dei servizi pubblici di carattere economico ha segnato l'arretramento dello Stato, che ha ripiegato nella difesa di quei servizi sociali privi di carattere economico, come la sanità, l'istruzione pubblica, la previdenza sociale, l'edilizia popolare che rientrano nella più ampia categoria di servizi di interesse generale³²⁴.

Nel campo dei SIEG, l'arroccamento delle posizioni statali a presidio della missione dei servizi pubblici trova il suo fondamento nel rifiuto che la gestione di tali servizi debba essere pienamente rispondente alle regole del mercato, determinando così l'attrazione degli obblighi di servizio pubblico nella sfera dei compiti riservati ai pubblici poteri.³²⁵

'La liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale nell'Unione: il mercato interno dell'energia elettrica', cit., p. 771 e ss.; A. COLAVECCHIO, 'La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario', cit., pp. 111-159; D. SORACE, 'Il servizio di interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici' in Dir. pubbl. 2004, p. 1009 e ss.; A. FRANTINI, F. FILPO, 'Verso una nuova disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato per la compensazione di oneri di servizio pubblico', in Rass. Giur. En. El. 2005, p. 21 e ss.; G. NIZI, 'Dalla teoria del monopolio naturale alla 'essential facilities doctrine': nuove forme di regolazione nel settore dell'energia', in L. Ammannati (a cura di) 'Monopolio e regolazione pro-concorrenziale nella disciplina dell'energia, Milano', 2005, p. 343 e ss.; C. Lemaire, 'Energie et services d'intérêt économique générale' in J. V. LOUIS, S. RODRIGUES, Les services d'intérêt économique générale et l'Union européenne, cit., 2006; V. SOTTILI, 'Il mercato dell'energia elettrica nella giurisprudenza della Corte di giustizia', in Il Diritto dell'Unione Europea, 1998. In riferimento alla giurisprudenza, si rinvia più avanti sub paragrafo 5.3. del presente capitolo.

³²³ V. Capitolo I.

³²⁴ Dalla *species* dei SIEG è stato ricavato il più ampio *genus* dei servizi di interesse generale (SIG), all'interno del quale si collocano i servizi sociali. In base alla ripartizione delle competenze, gli Stati membri sono competenti a determinare gli obiettivi dei servizi sociali, nonché a scegliere se l'erogazione di tali servizi debba avvenire sulla base delle regole di mercato, ovvero attraverso sistemi di tipo solidaristico. Se però gli Stati membri decidono che l'erogazione debba avvenire secondo il sistema di mercato, allora l'espletamento del servizio costituisce l'esercizio di un'attività economica e rientra nell'ambito di applicazione della disciplina relativa ai SIEG. In altre parole, si vuole evitare che l'imposizione di obblighi di servizio pubblico determini l'automatica esenzione di attività di imprese dalla disciplina della concorrenza.

³²⁵ L'articolo 86 stabilisce la nozione di SIEG (imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale sottoposte alle regole di concorrenza nei limiti in cui l'applicazione di tali regole non osta all'adempimento, in linea di fatto e di diritto, della specifica missione loro affidata).

Il cambiamento del gestore dei servizi pubblici di carattere economico,³²⁶ dagli enti pubblici agli enti privati, ha evidentemente influenzato anche la modalità di erogazione dei servizi, in settori cruciali come le telecomunicazioni,³²⁷ il servizio postale,³²⁸ il trasporto.³²⁹

³²⁶ Il carattere economico non dipende dall'imposizione di obblighi di servizi pubblici, ma della modalità di erogazione degli stessi, a seconda che la gestione del servizio avvenga in virtù del principio di solidarietà (logica di redistribuzione della ricchezza), ovvero in base a strumenti di mercato (logica lucrativa di ricerca del profitto). La distinzione non è sempre agevole, soprattutto nei casi in cui l'erogazione del servizio dia luogo a compresenze di elementi redistributivi ed elementi di mercato; in tal caso, spetta ai giudici valutare la preponderanza della componente solidaristica rispetto alla componente concorrenziale o viceversa. Nella definizione della natura economica ovvero solidale dell'attività svolta vengono in rilievo diversi indici qualificanti: se un servizio ha carattere obbligatorio, origine legale, natura universale e prevede la solidarietà tra i beneficiari, si ha un servizio di natura sociale. Se il regime legale ha carattere integrativo/facoltativo, il prezzo del servizio è stabilito in funzione della qualità dello stesso, la gestione del servizio avviene sulla base del principio capitalistico, si è plausibilmente in presenza di un servizio di natura economica. Dall'esito dell'indagine derivano importanti conseguenze sul piano normativo; in presenza di servizi sociali, vi è un limite assoluto all'ambito di applicazione *rationae persone* del diritto antitrust comunitario, mentre in presenza di SIEG, il diritto della concorrenza si applica nei limiti previsti dall'articolo 86, paragrafo 2, CE. Per la nozione di attività economica con particolare riferimento ai servizi sociali si rinvia a S. GOBBATO, 'Diritto comunitario della concorrenza e servizi di interesse generale di carattere sociale. Note a margine della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia', in *Diritto dell'Unione europea*, 4/05, pp. 797-816.

³²⁷ R. MASTROIANNI, 'Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo' Giappichelli, Torino, 2004; G. VENTURINI, 'Servizi di telecomunicazione e concorrenza nel diritto internazionale e comunitario' Giappichelli, Torino, 1999; L. G. RADICATI DI BROZOLO, 'Il diritto comunitario delle telecomunicazioni: un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico', Giappichelli, Torino, 1999; G. MORBIDELLI, F. DONATI, P. CARETTI (a cura di) 'Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?' Giappichelli, Torino, 2003; F. BASSAN, 'Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche', Giappichelli, Torino, 2002; B. DE WITTE, *Public Service Broadcasting and European Law*, Hart Publishing Ltd, Oxford, 2002; R. ESPOSITO, 'Il servizio pubblico radiotelevisivo tra due ordinamenti (parte II: diritto comunitario)', in *DRT*, 2/99, p. 13 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, 'Il servizio pubblico televisivo nel nuovo quadro normativo comunitario', in *Dir. Informaz. Informat.*, 2003, p. 1 ss.; A. PACE, 'Verso la fine del servizio pubblico radiotelevisivo?', in *Europa e informazione, Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, ESI, Napoli, 2004; R. MASTROIANNI (a cura di), *Il sistema radiotelevisivo e la legalità europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006.

³²⁸ Sentenza della Corte di Giustizia 1 luglio 2008, nei procedimenti riuniti C-341/06 P e C-342/06, *Chronopost II*, non ancora pubblicata; sentenza 3 luglio 2003, cause riunite C-83/01 P, C-93/01 P e C-94/01 P, *Chronopost I*. (Racc. 2003, pag. I-6993; in materia di servizio universale nel settore postale, si rinvia alla sentenza della Corte di Giustizia del 6 marzo 2008, in cause riunite da C-287/06 a C-292/06, *Deutsche Post*, in *Racc.* 2008, p. I-01243.

³²⁹ F. MUNARI, 'Il diritto comunitario dei trasporti', Giuffrè, Milano, 1996; K. KOSTOPOULOS, 'Les obligations de service public dans les lignes aériennes et les aéroports en droit communautaire de la concurrence', Bruylant, Bruxelles, 2005.; F. ROSSI DAL POZZO, 'Servizi di trasporto aereo e diritti dei singoli nella disciplina comunitaria', Giuffrè, Milano, 2008; M. FRIGO, 'Politica comunitaria dei trasporti, sicurezza e attuazione dello «spazio ferroviario europeo» in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1/07, pp. 203-220.

L'energia si è dimostrata, ancora una volta, l'ultimo baluardo capace di opporre una certa 'resistenza' al processo di trasformazione che ha investito i SIEG. L'assoggettamento dei SIEG energetici ai principi dell'economia di mercato, non poteva del resto avvenire in modo pieno, senza la garanzia di uno spazio intermedio tra la tutela della concorrenza e la salvaguardia dei livelli di prestazione per gli utenti, tra la promozione della libertà (di competizione delle imprese incaricate della gestione dei servizi) e la salvaguardia dei diritti, tra il diritto privato ed il diritto pubblico. Il grado di attrazione dei SIEG energetici al principio del libero mercato deve essere valutato, sia in riferimento al piano legislativo, come adempimento dell'articolo 106, par. 2, TFUE attraverso la progressiva armonizzazione delle deroghe relative agli obblighi di servizio pubblico, sia in riferimento all'analisi giurisprudenziale sull'interpretazione della deroga di diritto primario ed al suo rapporto con la normativa settoriale³³⁰.

Il bilanciamento tra le regole della concorrenza e gli interessi pubblici opera in maniera diversa a seconda che il SIEG rientri in un settore liberalizzato o meno. Nei settori non investiti dal processo di liberalizzazione di matrice comunitaria, il bilanciamento si effettua sul piano interpretativo del diritto primario, in riferimento alla natura ed alla portata della deroga di cui all'articolo 106, par. 2, TFUE. Nei settori liberalizzati, ovvero in fase di completa liberalizzazione – come l'energia –, il bilanciamento opera sul terreno dell'applicazione delle deroghe specifiche previste dalla normativa settoriale e sul loro rapporto con l'articolo 106, par. 2, TFUE.

Tuttavia, il piano interpretativo della fonte di diritto primario e quello applicativo della normativa di settore, non scorrono su binari paralleli perché, come si avrà modo di vedere, il processo di liberalizzazione dei mercati dell'energia e la giurisprudenza sull'interpretazione dell'articolo 106, par. 2, TFUE all'energia si influenzano reciprocamente.

³³⁰ La tassatività con la quale il legislatore comunitario e gli Stati membri individuano gli obblighi di servizio pubblico, la puntuale delimitazione del campo di applicazione dei servizi universali, non sono strumenti necessariamente antagonisti rispetto al mercato, in quanto possono, a talune condizioni, risultare mezzi di promozione della concorrenza, non consentendo agli Stati membri di stringere un laccio pubblicistico troppo stretto al collo delle imprese incaricate di gestire i servizi pubblici.

7.1. Il processo di liberalizzazione dei servizi energetici e la normativa settoriale sugli obblighi di servizio pubblico: dall'eccezione alla regola

Il processo di liberalizzazione nel settore energetico ha influito sulla materia degli obblighi di servizio pubblico in due direzioni: da un lato, sul terreno del campo di applicazione degli obblighi, trasladoli dal piano delle eccezioni a quello dei principi, dall'altro, aumentando gli standard minimi di tutela degli interessi pubblici.

Le direttive di liberalizzazione del '96 (prima direttiva elettricità e direttiva gas) sono state, non a caso, le prime ad aver utilizzato la nozione di servizio pubblico in uno strumento di diritto derivato. Ciò nonostante, il riconoscimento dell'esistenza di specifiche esigenze nel settore dell'energia connesse al perseguimento di motivi imperativi di interesse generale, quali la sicurezza dell'approvvigionamento, la protezione dei consumatori e la tutela dell'ambiente, non aveva evitato che sorgessero conflitti con il principio della libera concorrenza. L'ampio margine di manovra lasciato agli Stati membri nella definizione degli obblighi di servizi pubblici è stato utilizzato, come già ricordato³³¹, in maniera strategica dagli Stati membri per invocare l'applicazione delle deroghe previste dalle direttive comunitarie, allo scopo di proteggere i vari 'campioni nazionali' e depotenziare la portata precettiva degli obblighi imposti dal processo di liberalizzazione.

Se nella prima fase della liberalizzazione, il legislatore comunitario aveva adottato un approccio negativo, individuando nella deroga alla concorrenza un mero richiamo di principio che gli Stati potevano opporre per sottrarre alla disciplina della concorrenza, le imprese incaricate di SIEG nell'assolvimento della specifica missione loro affidata, nella seconda fase è stato adottato un approccio positivo, fondato sull'armonizzazione degli obblighi di servizio pubblico a livello comunitario.

Le seconde direttive di 'accelerazione' del mercato interno dell'energia hanno infatti segnato un accrescimento dell'importanza degli obblighi di servizio pubblico³³², attraverso la tipizzazione di

³³¹ Cfr. cap. I sez. I.

³³² Cfr. i *considerando* n. 19 della direttiva 2003/54/CE: 'Tutti i settori industriali e commerciali comunitari, comprese le piccole e medie imprese, e tutti i cittadini della Comunità, che beneficiano dei vantaggi economici del mercato interno dovrebbero altresì poter beneficiare di *elevati livelli di tutela dei consumatori*, in particolare i clienti civili e, se gli Stati membri lo ritengono opportuno, le piccole imprese dovrebbero anche poter beneficiare di garanzie relative al servizio pubblico, in particolare riguardo alla sicurezza dell'approvvigionamento e a tariffe ragionevoli, per ragioni di equità, competitività e, indirettamente, ai fini della creazione di posti di lavoro (corsivo aggiunto).

standard minimi comuni. L'articolo 3 direttiva 2003/54/CE definisce gli obblighi relativi al servizio pubblico, stabilendo che gli Stati membri, nel pieno rispetto dell'articolo 86 del trattato, possono imporre alle imprese che operano nel settore dell'energia elettrica, nell'interesse economico generale, obblighi relativi al servizio pubblico concernenti la sicurezza (compresa la sicurezza dell'approvvigionamento), la regolarità, la qualità e il prezzo delle forniture, nonché la tutela ambientale (incluse le misure che riguardano l'efficienza energetica e la protezione del clima). Questi obblighi devono essere chiari, trasparenti, non discriminatori e verificabili per garantire alle società elettriche dell'Unione europea parità di accesso ai consumatori nazionali.

In materia di sicurezza dell'approvvigionamento,³³³ gli Stati membri possono attuare una programmazione a lungo termine che garantisca l'equilibrio tra domanda e offerta sul mercato nazionale, attraverso la manutenzione delle infrastrutture energetiche, ovvero investimenti per aumentare la capacità di riserva delle rete energetica, per far fronte ai picchi delle domande di energia ed alle carenze delle forniture di uno o più fornitori.

In riferimento all'esigenza di protezione dei consumatori,³³⁴ gli Stati membri sono chiamati a provvedere affinché tutti i clienti civili

³³³ Cfr. l'articolo 4 della direttiva 2003/54/CE. La sicurezza degli approvvigionamenti si caratterizza per essere l'obbligo di servizio pubblico più peculiare del diritto comunitario dell'energia. Per comprendere la crescente preoccupazione sul piano della legislazione comunitaria della dimensione esterna dell'energia e della connessa esigenza imperativa di tutelare la sicurezza delle forniture, bisogna tener conto da un lato, dell'introduzione con il trattato di Maastricht di una norma primaria sulle reti trans-europee (articolo 154 CE), dall'altro del continuo aumento di dipendenza energetica dei paesi UE dai Paesi terzi. La preoccupazione del legislatore del 2003 era infine acuita da un dato storico congiunturale rappresentato dalla crisi degli approvvigionamenti che era avvenuta nel 2002 in California a seguito dell'apertura alla concorrenza dei mercati energetici americani.

³³⁴ Cfr. il considerando n. 24 della direttiva 2003/54/CE: 'Gli Stati membri dovrebbero garantire ai clienti civili e, se gli Stati membri lo ritengono opportuno, alle piccole imprese, il diritto di essere riforniti di energia elettrica di una qualità specifica a prezzi facilmente comparabili, trasparenti e ragionevoli. Al fine di garantire nella Comunità la salvaguardia dei *livelli qualitativi di servizio pubblico elevati*, tutte le misure adottate dagli Stati membri per conseguire gli obiettivi della presente direttiva dovrebbero essere regolarmente comunicate alla Commissione. La Commissione dovrebbe pubblicare regolarmente una relazione che analizzi le misure adottate a livello nazionale per realizzare gli obiettivi relativi al servizio pubblico e che confronta la loro efficacia al fine di formulare raccomandazioni circa le misure da adottare a livello nazionale per conseguire elevati livelli di servizio pubblico. Gli Stati membri dovrebbero adottare le misure necessarie per proteggere i clienti vulnerabili nel contesto del mercato interno dell'energia elettrica. Tali misure possono variare a seconda delle circostanze particolari nello Stato membro in questione e possono includere misure specifiche riguardanti il pagamento di fatture per l'energia elettrica o misure più generali nell'ambito del *sistema di previdenza sociale*. Se il servizio universale è fornito anche alle piccole imprese, le misure per garantire la fornitura di tale servizio possono variare' (corsivo aggiunto). V. anche l' allegato A) della direttiva 2003/54/CE

possano beneficiare del servizio universale, cioè del diritto alla fornitura di energia elettrica di una qualità specifica a prezzi ragionevoli, chiari e trasparenti. Per garantire la fornitura del servizio universale, gli Stati membri possono designare un fornitore di ultima istanza, ed imporre alle società di distribuzione l'obbligo di collegare i clienti alla rete, anche promuovendo la possibilità di associazione su base volontaria ai fini della rappresentanza dei clienti civili e della piccola e media utenza.

A tutela di un elevato livello di protezione dei consumatori, le direttive di settore stabiliscono norme di riferimento in materia di trasparenza delle condizioni generali di contratto, con la previsione di meccanismi di risoluzione delle controversie ed il diritto dei clienti di poter cambiare effettivamente il fornitore. Una tutela rafforzata è prevista infine per i clienti vulnerabili, cioè i clienti finali che abitano in zone isolate, imponendo che questa particolare categoria di consumatori debba avere adeguati meccanismi di protezione, per evitare che si verifichino interruzioni delle forniture di energia.³³⁵

In materia di tutela ambientale, la normativa di settore prevede obblighi di servizio pubblico in capo alle imprese energetiche, perché venga specificato, nella documentazione commerciale inviata ai clienti finali, la fonte energetica dalla quale è stata prodotta l'energia che viene distribuita, con informazioni sull'impatto ambientale, in termini di emissioni di CO₂ e di scorie radioattive, risultanti dalla produzione di energia elettrica prodotta mediante il mix di combustibile complessivo utilizzato dal fornitore nell'anno precedente. Le informazioni in materia di tutela ambientale sono concepite allo scopo di sensibilizzare i consumatori di energia al risparmio energetico e ad un uso razionale dell'energia, nonché a prediligere la scelta di distributori che impiegano fonti rinnovabili per la produzione di energia.

Gli obblighi di servizio pubblico devono essere concepiti come standard minimi di tutela, in quanto nulla vieta che gli Stati membri decidano di imporre misure più elevate di protezione della sicurezza dell'approvvigionamento, dei diritti dei consumatori, nonché di tutela ambientale.³³⁶ Ai sensi dall'articolo 3, par. 7, della direttiva 2003/54/CE,

che contiene disposizioni in materia di diritti contrattuali dei consumatori di energia con particolare riferimento alla trasparenza delle condizioni generali di contratto, al diritto di recesso, alla tutela della regolarità del servizio, nonché alla chiarezza delle tariffe. I consumatori di energia devono altresì essere informati sui loro diritti in materia di servizio universale.

³³⁵ Tra i clienti vulnerabili rientrano i consumatori che risiedono in luoghi di difficile accesso quali le zone di montagna e le isole

³³⁶ Cfr. il considerando n. 26 della direttiva 2003/54/CE: 'Il rispetto degli obblighi relativi al servizio pubblico è un elemento fondamentale della presente direttiva ed è importante che in essa siano definiti *standard minimi comuni*, rispettati da tutti gli Stati membri, che tengano conto degli obiettivi della protezione comune, della *sicurezza degli approvvigionamenti, della tutela*

gli Stati membri possono attuare misure idonee a realizzare gli obiettivi della coesione economica e sociale, della tutela ambientale, comprese eventualmente misure di efficienza energetica, di gestione della domanda e strumenti per combattere il cambiamento climatico, e della sicurezza dell'approvvigionamento, anche attraverso la concessione di incentivi economici adeguati, facendo eventualmente ricorso a tutti gli strumenti nazionali e comunitari esistenti, per la manutenzione e costruzione della necessaria infrastruttura di rete, compresa la capacità di interconnessione. La concessione di misure di compensazione finanziarie a favore delle imprese per l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico previsti dalla direttiva deve comunque avvenire in maniera trasparente e non discriminatoria e non può eccedere quanto necessario per l'adempimento degli obblighi previsti.

La terza fase del processo di liberalizzazione dei settori energetici si pone in linea di continuità con l'approccio positivo attraverso il consolidamento delle norme minime comuni in materia di obblighi di servizio pubblico, con una particolare attenzione alle misure volte a rafforzare la protezione dei consumatori. È attualmente in fase di adozione, una 'Carta europea dei diritti dei consumatori di energia'³³⁷ che contiene una serie di diritti di cui disporranno tutti i consumatori di energia nel territorio dell'Unione europea e, all'inverso, una pluralità di obblighi che incomberanno sulle imprese energetiche. La Carta imporrà alle imprese energetiche l'obbligo di garantire l'accesso ai dati relativi al consumo, in modo che i concorrenti potranno fare offerte commerciali ai consumatori ed i consumatori, attraverso l'informazione sul loro consumo effettivo di energia, saranno incentivati a modificare i loro comportamenti nella direzione di un maggiore risparmio energetico. La Carta europea stabilirà inoltre il diritto dei consumatori di cambiare il fornitore di energia in qualsiasi momento dell'anno, anche contro le disposizioni negoziali contenute nel regolamento contrattuale tra il consumatore ed il fornitore, prevedendo che il conto del cliente debba essere saldato nel termine di un mese decorrente dall'ultima consegna,

dell'ambiente e di livelli equivalenti di concorrenza in tutti gli Stati membri. È importante che gli obblighi relativi al servizio pubblico possano essere interpretati su base nazionale, tenendo conto di circostanze nazionali e fatto salvo il rispetto della legislazione comunitaria' (corsivo aggiunto).

³³⁷ V. Comunicazione della Commissione (COM (2007) 386) *Verso una Carta europea dei diritti dei consumatori d'energia*. La Carta dovrebbe avere una natura giuridica non vincolante e dovrebbe essere considerata come un atto di *soft law* in grado di orientare i comportamenti delle istituzioni comunitarie in materia di informazione allo scopo di raccogliere, chiarire e consolidare i diritti dei consumatori in materia di energia, già adottati nella legislazione UE in vigore e rafforzati dal terzo pacchetto di liberalizzazione dell'energia, ancora in fase di adozione. Un punto particolarmente controverso, nel *drafting* della Carta, riguarda attualmente la mancanza di una definizione, a livello comunitario, della nozione di '*povertà energetica*', cui si ricollegano molti dei diritti e delle tutele previste per i clienti vulnerabili.

allo scopo di evitare misure di ritorsione da parte del fornitore precedente.

Il rafforzamento della tutela dei consumatori dell'energia si può ascrivere ad un processo che vede nei diritti dell'utente/consumatore un riflesso dei diritti della cittadinanza europea alla fruizione di prestazione e servizi connessi al soddisfacimento di bisogni fondamentali.³³⁸ La Carta europea ha anche lo scopo di consolidare la fiducia dei consumatori nel mercato interno dell'energia, attraverso l'estensione dei benefici dalla concorrenza, connessi all'apertura dei mercati energetici alla libera concorrenza, dalle imprese agli utenti finali.

7.2. Rapporto tra le norme settoriali sugli obblighi di servizio pubblico e l'articolo 106, par. 2, TFUE

L'analisi e l'evoluzione degli obblighi di servizio pubblico nell'energia rispetto alle varie fasi del processo di liberalizzazione pone un problema di rapporti tra la normativa settoriale di diritto derivato e l'applicazione dell'articolo 106, par. 2, TFUE in materia di energia.

L'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva elettricità introduce il principio della derogabilità delle norme sulla concorrenza per salvaguardare l'interesse economico generale, attraverso l'imposizione di obblighi di servizio pubblico, in capo alle imprese che operano nel settore dell'energia elettrica per motivi di tutela della sicurezza, di tutela ambientale, nonché di protezione dei consumatori; la norma fa salvo il rispetto delle pertinenti disposizioni del trattato, con espresso riferimento all'articolo 86 CE (ora art. 106 TFUE).

Si impongono allora tre ordini di questioni: che rapporto c'è tra l'articolo 3 della direttiva 2003/54/CE e l'articolo 106, par. 2, TFUE? È compatibile con il sistema delle fonti, prevedere che una norma di diritto derivato imponga dei limiti all'applicazione di una deroga permanente prevista a livello di diritto dei trattati? L'esistenza di disposizioni tecniche in materia di energia in che modo può avere influito sull'applicazione e sull'interpretazione giurisprudenziale dell'articolo 86, par. 2, CE (ora art. 106, par. 2, TFUE) ai mercati energetici?

Il rapporto tra la normativa di settore della prima direttiva elettricità e la regola generale prevista dall'articolo 86 CE è stato

³³⁸ Il rafforzamento della protezione dei consumatori è coerente con il riconoscimento della coesione sociale come valore comune ai sensi dell'articolo 16 del Trattato, perché la diversa configurazione di classi di consumatori ha lo scopo di circoscrivere l'ambito dei c.d. clienti vulnerabili intesi come fascia debole di consumatori, meritevoli di maggiore tutela. La fornitura di un servizio energetico in tutto il territorio comunitario, con regolarità, a prezzi ragionevoli, si configura sempre più come un servizio universale dalla prospettiva del fornitore, e come un diritto fondamentale alla prestazione dalla parte dell'utente/fruitori.

affrontato dai giudici comunitari nella causa *VEMW*. La causa traeva origine da un quesito pregiudiziale che verteva sull'interpretazione, da un lato, dell'art. 86, par. 2, CE e, dall'altro, dell'articolo 7, n. 5, l'articolo 16 e l'articolo 24 della direttiva 96/92/CE (ora articolo 9, lettera e), articolo 20 e articolo 26 della direttiva 2003/54/CE) in materia di accesso alla rete.

Si trattava di stabilire se l'attribuzione prioritaria di capacità di importazione relativa all'energia elettrica³³⁹ con contratti di lunga durata da parte del gestore della rete in favore di un'impresa (SEP), prima incaricata di una missione di SIEG nella distribuzione di elettricità, ma a seguito della liberalizzazione del settore non più incaricata di una missione di SIEG,³⁴⁰ fosse compatibile con le disposizioni della direttiva elettricità (in particolare, l'articolo 7, paragrafo 5) in materia di accesso non discriminato alla capacità della rete; in secondo luogo, ed ai fini che qui interessano, se potesse applicarsi l'articolo 86, paragrafo 2, CE per giustificare eventualmente questa restrizione della concorrenza. La Corte ha affermato che l'articolo 7 della direttiva elettricità non si limita a norme tecniche e dunque deve essere interpretate in senso estensivo, perché costituisce una specificazione, nel settore dell'energia, del principio generale di uguaglianza. L'articolo 7 osta a provvedimenti nazionali che accordano ad un'impresa una capacità prioritaria di trasmissione transfrontaliera di energia elettrica, perché tali provvedimenti devono essere autorizzati nell'ambito del procedimento speciale previsto dall'articolo 24 della direttiva 96/92/CE sulle deroghe transitorie.³⁴¹

Con particolare riferimento al tema del rapporto tra le fonti, i giudici comunitari hanno precisato che l'articolo 7 della direttiva recepiva e specificava il contenuto dell'articolo 86, paragrafo 2, CE per il settore

³³⁹ I provvedimenti nazionali assegnavano una priorità alla società SEP su una quota della capacità d'importazione di elettricità, allo scopo di consentirle l'adempimento degli obblighi derivanti dai contratti internazionali da essa conclusi.

³⁴⁰ Prima della liberalizzazione del mercato dell'elettricità nei Paesi Bassi, la SEP era l'unica impresa autorizzata ad importare energia elettrica e ad essere incaricata del compito d'interesse economico generale di assicurare il funzionamento affidabile ed efficiente della distribuzione pubblica di energia elettrica a costi il più bassi possibile e in maniera socialmente responsabile. In seguito all'attuazione della direttiva 96/92/CE, la liberalizzazione del mercato elettrico in Olanda ha determinato la perdita per la SEP del monopolio sull'importazione e la perdita dell'attribuzione di compiti di SIEG.

³⁴¹ Le condizioni di ammissibilità delle deroghe previste dall'articolo 24 della direttiva 96/92/CE erano particolarmente stringenti, sia perché la stessa deroga aveva una natura transitoria ed una portata temporale limitata (applicandosi ai soli contratti conclusi prima del 20 febbraio 1997, data dell'entrata in vigore della direttiva), sia perché la Commissione aveva adottato un approccio restrittivo sui criteri di concessione della deroga, concludendo spesso per il rigetto della domanda di autorizzazione (solo una domanda presentata dalla Germania aveva ottenuto il parere favorevole).

dell'energia elettrica. In applicazione del principio di specialità, l'esistenza di norme specifiche che precisino le esigenze di interesse generale, può ostacolare l'applicazione della norma generale del trattato, ma solo se si è in presenza di una legislazione comunitaria armonizzata nei mercati di riferimento. Se l'armonizzazione non è completa, le disposizioni tecniche della direttiva non fanno da ostacolo all'applicazione delle regole generali del trattato; anzi, tali disposizioni specifiche devono pur sempre essere interpretate alla luce di esse. La CG ha concluso nel caso di specie che, dal momento che l'articolo 24 della direttiva 96/92/CE era una norma specifica, non c'era più margine per applicare la regola generale di cui all'articolo 86 (*pre-emption rule*); il ricorso all'articolo 86 rimane invece possibile in quelle materie che non sono state ancora armonizzate. Tale giurisprudenza,³⁴² presuppone che la normativa di settore sia un'applicazione concreta della regola generale, il che è certamente vero in riferimento alle prime direttive, mentre sembra essere meno scontato in riferimento alle seconde.

L'evoluzione normativa, dal primo al secondo pacchetto di liberalizzazione dei mercati dell'energia, ha inciso sulla natura degli obblighi di servizio pubblico non configurandosi più come eccezioni invocabili dagli Stati in conformità con il principio di sussidiarietà, ma come obblighi di principio, armonizzati e definiti a livello comunitario. In primo luogo, mentre l'articolo 86 paragrafo 2 CE figura come eccezione, l'articolo 3 della direttiva 2003/54/CE sembra figurare come norma di principio; in secondo luogo, il campo di applicazione degli obblighi di servizio pubblico previsto dalla normativa energetica è più ampio di quello definito dall'articolo 86 CE (ora art. 106, par. 2, TFUE).

Imponendo obblighi di servizio pubblico che vanno al di là di quanto previsto nel trattato, il legislatore comunitario potrebbe aver violato il principio di attribuzione delle competenze, con particolare riguardo al principio di sussidiarietà. Se il problema non si poneva quando gli obblighi di servizio pubblico erano complementari o facoltativi, la questione assume ben altro rilievo nel momento in cui l'imposizione di obblighi di servizio pubblico diviene vincolante con l'adozione delle seconde direttive e si estenderà sempre di più con la prossima adozione del terzo pacchetto legislativo. Il rapporto tra la normativa di settore e l'articolo 86, paragrafo 2, non può essere analizzato esclusivamente sulla base del criterio di specialità, ma deve essere affrontato anche sotto il profilo della compatibilità, poiché una direttiva non può derogare ad alcuna indicazione fornita dalla norma di diritto primario ed al contempo le norme del trattato devono pur sempre

³⁴² V. sentenza della Corte di Giustizia 8 marzo 2000, in causa C-206/98, *Commissione c. Belgio*, in Racc. I-3509.

essere utilizzate quali parametri di legittimità e di interpretazione delle norme di diritto derivato. In una prospettiva di tutela della coerenza e dell'unità dell'ordinamento giuridico comunitario, il confronto tra l'articolo 86, paragrafo 2, CE e l'armonizzazione degli obblighi di servizio pubblico nel settore energetico deve tener conto di due elementi: da un lato, l'interpretazione estensiva dell'articolo 86 CE nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, dall'altro l'inclusione nella normativa settoriale dell'energia degli orientamenti dei giudici comunitari nelle sentenze che hanno affrontato il tema dei SIEG nell'energia.

7.3. La giurisprudenza sui SIEG nell'energia

La Corte di Giustizia ha inteso garantire l'approfondimento dell'integrazione europea nel campo delle politiche sociali, in particolare utilizzando il canone della proporzionalità come strumento per favorire l'estensione dei diritti. La tendenza in atto sembra essere quella di aumentare la protezione sociale nella disciplina del servizio pubblico, con un traguardo tracciato in lontananza, rappresentato dal riconoscimento del diritto di conseguire la prestazione di taluni SIG come diritto fondamentale, in funzione degli obiettivi di tutela della coesione sociale e dell'uguaglianza.³⁴³ Questo *trend* giurisprudenziale è contrastato da alcuni Stati membri³⁴⁴ che sono restii a concedere una nuova cessione della sovranità sul terreno dei diritti sociali e si oppongono ad un'interpretazione giurisprudenziale troppo estensiva della deroga, di cui all'articolo 86, paragrafo 2, CE (ora art. 106, par. 2, TFUE).

In effetti, la giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'articolo 86, paragrafo 2, CE non brilla per chiarezza e sembra seguire un'oscillazione a pendolo: le sentenze degli anni '80 segnavano un tradizionale andamento restrittivo di tipo proto-concorrenziale cui ha fatto seguito, nei primi anni '90, una prima svolta in senso pro-concorrenziale per poi ritornare, con un'ulteriore virata nei primi anni del nuovo secolo, verso posizioni più rigide sulle condizioni di ammissibilità per esonerare le imprese incaricate di SIEG dall'osservanza delle norme sulla concorrenza.

In principio, la Corte di Giustizia aveva adottato un'interpretazione fortemente restrittiva della deroga prevista dall'articolo 86, paragrafo 2,

³⁴³ Non a caso, durante il processo di *drafting* della Carta dei diritti fondamentali, in sede di lavori della Convenzione, si era avanzata l'ipotesi di inserire espressamente, nell'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali, l'accesso ai SIEG come diritto fondamentale.

³⁴⁴ Si pensi, in particolare, alle posizioni della Gran Bretagna e della Polonia, con i relativi *opting out* su talune disposizioni della Carta dei diritti fondamentali.

CE, come causa di giustificazione di alcuni illeciti antitrust, ed in particolare di fattispecie di abuso della posizione dominante.³⁴⁵

Com'è noto, la prima svolta si ebbe con le sentenze *Corbeau* e *Almelo* che avevano inaugurato un nuovo orientamento, meno intransigente rispetto all'ammissibilità della deroga, ovvero secondo diverso angolo prospettico, più sensibile alla considerazione degli interessi economici che possono giustificare la deroga ai principi della libera concorrenza. Secondo tale orientamento, la disapplicazione delle regole *antitrust* si impone non solo quando la loro osservanza renderebbe *impossibile* lo svolgimento della specifica funzione, ma anche quando la loro applicazione rappresenterebbe un *ostacolo*, in grado di mettere in pericolo l'equilibrio finanziario dell'impresa incaricata del servizio.

In tale prospettiva, l'analisi della deroga diventa parametro di giustificazione non più degli illeciti di cui agli articoli 81 ed 82 CE (ora artt. 101 e 102 TFUE), ma della disciplina sugli aiuti di Stato, concentrando l'attenzione alle misure di compensazione degli oneri economici gravanti sulle imprese incaricate di SIEG ed imponendo di distinguere all'interno dell'ampia gamma dei servizi erogabili, tra 'servizi di base' non remunerativi, e 'servizi addizionali a valore aggiunto', nei quali è possibile svolgere il servizio secondo i principi della concorrenza. Un simile orientamento, pur valorizzando la deroga alla concorrenza, può definirsi pro-concorrenziale, perché mira a calibrare le regole comunitarie ai fallimenti dei mercati, con particolare riguardo alla prevenzione di fenomeni di 'cream skinning', ovvero di scrematura del mercato, per cui in assenza di incentivi pubblici in economia, le imprese tenderebbero a concentrarsi solo nei settori remunerativi, tralasciando i settori meno redditizi.

Particolare attenzione merita il ragionamento dei giudici nella parte motiva della sentenza *Almelo*, perché rappresenta il primo caso di applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, CE ai SIEG dell'energia. La sentenza *Comune di Almelo* riguardava la compatibilità, con il principio della libera circolazione e con le regole della concorrenza, di una clausola di acquisto esclusivo, inserita in condizioni generali di contratto per la fornitura di energia elettrica, imposte da una società olandese di distribuzione regionale delle elettricità (la SEP), ad altre società di distribuzione locale di elettricità. La clausola di esclusività si risolveva, in pratica, in un divieto implicito di importazione; tralasciando i profili

³⁴⁵ L'orientamento 'tradizionale' della Corte di Giustizia si rinviene nelle sentenze 30 aprile 1974, in causa C-155/73, *Sacchi*, in *Racc.* 1974, p. 409; sentenza 18 giugno 1991, in causa C.260/89, *ERT*, in *Racc.* 1991, p. I-2925; sentenza 23 aprile 1991, in causa C-41/90, *Höfner*, in *Racc.* 1991, I-1979; sentenza 10 dicembre 1991, in causa C-179/90, *Merzi convenzionali Porto di Genova*, in *Racc.* 1991, p. I-5889.

relativi alle restrizioni alle libere circolazioni,³⁴⁶ nonché i profili relativi agli altri illeciti antitrust³⁴⁷, ai fini che qui più interessano, si tratta di vedere come può trovare applicazione al caso di specie la deroga di cui all'articolo 86, paragrafo 2, CE (ora art. 106, par. 2, TFUE).

In primo luogo, la Corte di Giustizia ha riconosciuto che un distributore di energia elettrica a livello regionale è un'impresa incaricata di gestire un SIEG.³⁴⁸ In secondo luogo, la sentenza *Almelo* ha ripreso la soluzione à la *Corbeau*, riservando la qualificazione di SIEG a quei servizi che risultano caratterizzati dai principi di universalità e di regolarità del servizio, in ossequio alla tradizione francese dei servizi pubblici. La pronuncia *Almelo* è interessante, non solo perché estende la nozione di SIEG al settore dell'elettricità, ma anche perché inserisce tra i criteri di esenzione della disciplina sulla concorrenza, oltre al principio dell'equilibrio economico, mutuato dalla giurisprudenza *Corbeau*, anche il criterio della tutela ambientale.³⁴⁹

Nella prospettiva di un dialogo continuo tra la Corte di Giustizia ed il legislatore europeo nella redazione delle norme settoriali sull'energia, è utile sottolineare come il riconoscimento della protezione ambientale contenuto nelle deroghe di cui all'articolo 3, paragrafo 7, della seconda direttiva elettricità sembra echeggiare le parole dei giudici comunitari nella sentenza *Almelo e PreussenElektra AG*.

³⁴⁶ Cfr. Capito II, sezione I.

³⁴⁷ L'accordo di esclusiva sull'approvvigionamento di energia determina un isolamento dei mercati nazionali dell'elettricità e costituisce un'intesa vietata, ai sensi dell'articolo 81, CE; l'imposizione di clausole di acquisto esclusive operate da una serie di imprese può integrare gli estremi di un abuso di posizione dominante collettiva, ai sensi dell'articolo 82 CE. Per maggiori dettagli, si rinvia alla trattazione degli articoli 81 ed 82 nei mercati energetici, in questo capitolo alla sezione II.

³⁴⁸ La fornitura di energia, su tutto il territorio nazionale, ad un prezzo ragionevole, rientra, in linea di principio, nella qualificazione di SIEG. Ai punti 47 e 48 della sentenza *Almelo, cit.*, i giudici comunitari hanno riconosciuto come impresa incaricata della gestione di SIEG, un'impresa che riceve, attraverso una concessione di diritto pubblico, il compito di garantire la fornitura e l'approvvigionamento continuo di energia elettrica, in tutto il territorio oggetto della concessione, a tutti gli utenti, distributori locali o consumatori finali, nelle quantità richieste in qualsiasi momento, a tariffe uniformi e a condizioni che possono variare, solo secondo criteri obiettivi applicabili all'intera clientela. Conformemente a tale orientamento, la Corte di Giustizia nella sentenza *Commissione c. Italia, cit.*, ha implicitamente ribadito, al punto 46, che il compito affidato alla società ENEL di assicurare con minimi costi di gestione una disponibilità di energia elettrica adeguata per quantità e prezzo alle esigenze di un equilibrato sviluppo economico del paese, costituisce un incarico di SIEG.

³⁴⁹ Cfr. punto 49 della sentenza *Almelo, cit.* 'Le restrizioni della concorrenza da parte di altri operatori economici devono essere ammesse se risultano necessarie per consentire lo svolgimento del servizio di interesse generale da parte dell'impresa incaricata. A questo proposito, si deve tener conto delle *condizioni economiche* nelle quali si trova l'impresa, ed in particolare dei costi che essa deve sopportare, e delle normative, soprattutto in *materia ambientale*, alle quali è soggetta' (corsivo aggiunto).

Sempre in riferimento ai SIEG dell'energia, la CG si è trovata poco tempo dopo ad affrontare una serie di cause riunite³⁵⁰ che vertevano sulla possibilità di giustificare, in base all'articolo 86, paragrafo 2, diritti esclusivi di importazione ed esportazione dell'elettricità in deroga, non alla disciplina sulla concorrenza, ma alla norme sulla libera circolazione delle merci, ai sensi degli articoli 28, 30 e 31 CE (ora artt. 34, 36, 37 TFUE).

È utile sottolineare come, in questi casi, la Corte di Giustizia fosse chiamata ad affrontare in maniera diretta l'applicabilità della deroga per i SIEG rispetto al principio della libera circolazione delle merci, poiché si chiedeva ai giudici di stabilire se i diritti esclusivi di esportazione ed importazione fossero misure di effetto equivalente alle restrizioni quantitative, in quanto avevano l'effetto di riservare la produzione

³⁵⁰ I quattro casi energetici del '97 vertevano tutti sulla compatibilità con il trattato comunitario dei diritti esclusivi di importazione ed esportazione, concessi a vario titolo in Spagna nei confronti della società Redesa, in Italia in favore di Enel, in Olanda verso la SEP ed infine in Francia a beneficio di EDF.

Il primo caso (sentenza della Corte di Giustizia 23 ottobre 1997, in causa C-157/94, *Commissione c. Paesi Bassi*, in *Racc.* 1997, p. I-05699) poneva il quesito se il Governo olandese avesse violato gli articoli 28 e 31 del trattato concedendo diritti esclusivi di importazione ed esportazione ad una società olandese, la società SEP, verticalmente integrata nel mercato dell'elettricità; ci si chiedeva se tali diritti non costituissero un effetto equivalente alle restrizioni quantitative, ai sensi dell'articolo 28 CE, ovvero una forma di discriminazione all'importazione nei confronti dei concorrenti olandesi sanzionata dall'articolo 31 CE. La Corte si pronunciò, dichiarando la violazione dell'articolo 31 CE, senza procedere oltre in riferimento all'articolo 28 (l'avvocato generale Cosmas invece ne sanzionava la violazione di entrambi gli articoli affermando che non si ponevano in contrasto anche con l'articolo 28 e non potevano essere giustificati neanche dalla deroga ex articolo 30 in materia di pubblica sicurezza). In merito all'articolo 86, con cui si difendeva il governo olandese, la Corte adottò un'interpretazione restrittiva dell'86, paragrafo 2, CE affermando che la Commissione non aveva dato prova della necessità di permanenza di detti vincoli per l'adempimento della missione di interesse generale (garantire la sicurezza delle forniture ad un costo ragionevole) e dunque la CG non poteva procedere con il test di proporzionalità richiesto dall'86, paragrafo 2, CE. Nel 'caso EDF' (sentenza della Corte di Giustizia 23 ottobre 1997, in causa C-159/94, *Commissione c. Francia*, in *Racc.* 1997, p. I-5815) l'accusa rivolta alla Francia era quella di aver attribuito alla società EDF diritti di esclusiva dell'importazione di energia in violazione degli artt. 28 e 31; la Corte, ha statuito che i diritti esclusivi controversi erano in violazione dell'articolo 31, non reputando necessario esaminare la loro eventuale incompatibilità con gli articoli 28 e 30. In merito all'articolo 86, la Corte ha dichiarato che alcuni obblighi di protezione dell'ambiente e di tutela di zone isolate non erano affidate in gestione ad imprese incaricate di svolgere obblighi di servizio pubblico e dunque rimanevano esclusi dall'ambito di applicazione della normativa comunitaria. Analogo ragionamento è stato seguito dalla Corte nel 'caso Enel' (sentenza della Corte di Giustizia 23 ottobre 1997, in causa C-158/94, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 1997, p. I-5789) con una statuizione di incompatibilità con l'articolo 31 che lascia impregiudicata la questione della compatibilità con l'articolo 28 (fa riferimento invece all'86 -2).

Nel 'caso Redesa' (sentenza della Corte di Giustizia 23 ottobre 1997, in causa C-160/94, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.* 1997, p. I-5851) la Corte non ha condannato la Spagna perché la normativa non conferiva diritti di esclusiva, ma attribuiva semplici poteri di coordinamento.

nazionale, in via prioritaria, agli utenti localizzati nei territori nazionali, con una restrizione delle correnti di flusso dell'elettricità. Con un mutamento di orientamento giurisprudenziale rispetto a quanto statuito precedentemente nel caso *Campus Oil*,³⁵¹ i giudici comunitari hanno ritenuto, in linea di principio, applicabile la deroga dei SIEG (anche) alle disposizioni in materia di libera circolazione delle merci. Tuttavia, si è giudicato necessario prevedere un contemperamento delle norme sulla concorrenza, in considerazione del fatto che l'abolizione dei diritti esclusivi di importazione ed esportazione dell'energia elettrica avrebbe potuto compromettere l'adempimento della specifica missione cui risultavano incaricate le imprese energetiche. Alla luce di tali considerazioni, i giudici comunitari hanno rinviato ai giudici nazionali il compito di valutare il punto di equilibrio tra le esigenze del mercato e le missioni di interesse generale, atteso che la Commissione non aveva fornito tutti gli elementi necessari per dimostrare in che modo sarebbe stato possibile per gli Stati garantire la sopravvivenza delle funzioni di interesse generale, con mezzi meno restrittivi della concorrenza rispetto ai controversi diritti esclusivi. Anche in questi casi, la redistribuzione dell'onere della prova in capo alla Commissione circa la necessità della misura assegnata rispetto all'assolvimento della specifica missione di interesse generale è una soluzione coerente con un'evoluzione del sistema che non contempla più la libera concorrenza come valore assoluto, ma come valore che necessita di un bilanciamento con altri valori quali la tutela dell'ambiente, la coesione sociale, la protezione dei consumatori.

A conferma di questa evoluzione dell'ordinamento comunitario, contestualmente alle sentenze in esame, veniva introdotto *ex novo* nel Trattato di Amsterdam l'articolo 16 CE, in base al quale i SIEG venivano elevati al rango di '*valori comuni*' che l'Unione intende preservare, nella prospettiva di promuovere la coesione sociale e territoriale.³⁵²

³⁵¹ Cfr. i punti 18 e 19 della sentenza *Campus Oil*, *cit.* 'Il governo ellenico ha fatto riferimento, nel presente contesto, all'articolo 90, n. 2 del Trattato CE, sostenendo che una raffineria è un'impresa di interesse economico generale e che una raffineria statale non sarebbe in grado, se non fossero adottati particolari provvedimenti in suo favore, di competere con le grandi società petrolifere. A questo proposito si deve constatare che, a tenore dell'articolo 90, n. 1, gli Stati membri non emanano né mantengono in vigore, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese alle quali riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del trattato. In secondo paragrafo dell'articolo 90 precisa i limiti entro i quali, in particolare, le imprese incaricate della gestione di SIEG sono sottoposte alle norme del Trattato. Detto paragrafo, tuttavia, non esenta lo Stato membro che abbia incaricato un'impresa della gestione di tali servizi dal divieto di adottare, a favore di quest'ultima e per proteggerne l'attività, provvedimenti che ostacolano, in contrasto con l'articolo 30 del Trattato, le importazioni dagli altri Stati membri'.

³⁵² Il riconoscimento dell'importanza dei SIEG nella parte del Trattato relativa ai principi, non deve tuttavia pregiudicare l'applicazione di alcune norme del trattato, tra cui figura espressamente l'articolo 86 CE. L'articolo 16, com'è noto, è una norma programmatica, introdotta allo scopo di

Ma un nuovo mutamento giurisprudenziale sui SIEG e la positivizzazione degli obblighi di servizio pubblico, imposta dalle direttive di seconda generazione per la creazione del mercato interno dell'elettricità ed il gas, rischiano di minare quella 'identità di spirito' raggiunta nel 1997 tra il legislatore ed i giudici comunitari.³⁵³

La Corte di Giustizia con i casi *Ferring*³⁵⁴ ed *Altmark*³⁵⁵ ha poi segnato un nuovo orientamento sui SIEG, focalizzato sul rapporto tra l'articolo 86, paragrafo 2, CE (ora art. 106, par. 2, TFUE) e l'articolo 87 CE (ora art. 107 TFUE) in materia di aiuti di Stato. L'ammissibilità dei provvedimenti nazionali volti a finanziare il maggior onere gravante sulle imprese incaricate di SIEG, consente di verificare, attraverso il controllo sull'applicabilità della deroga di cui all'articolo 86, paragrafo 2, CE la sussistenza o meno di un vantaggio economico come elemento costitutivo della fattispecie di aiuti di Stato vietati ai sensi dell'articolo 87 CE. Secondo il nuovo approccio, inaugurato dalla sentenza *Ferring*, quando il finanziamento pubblico si limita alla compensazione degli oneri che derivano dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico manca l'attribuzione di un vantaggio economico e non si è dunque in presenza di un aiuto di Stato. In estrema sintesi, il giudizio di cui all'articolo 86 non viene più utilizzato sul piano delle deroghe alla disciplina degli aiuti di

evitare che il diritto comunitario risultasse eccessivamente sbilanciato verso l'obiettivo economico della tutela della concorrenza a discapito delle esigenze sociali garantite, attraverso i servizi pubblici. La norma costituisce il tentativo di riequilibrare la spinta comunitaria pro-concorrenziale e doveva diventare un punto chiave del modello sociale europeo, pur operando nel rispetto del principio di sussidiarietà per cui spetta agli Stati membri definire gli obiettivi ed i contenuti degli obblighi di servizio pubblico, mentre il diritto comunitario impone che gli Stati membri rispettino i principi generali di proporzionalità e di non discriminazione. La mancanza di tassatività della norma, la rende priva di effetto diretto e non definisce neppure su un piano generale ed astratto, i principi e le condizioni di funzionamento dei servizi pubblici. Per una ricostruzione interpretativa dei SIEG alla luce dell'articolo 16 del Trattato, si rinvia a L. RADICATI DI BROZOLO, 'La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale', in *Diritto dell'Unione europea*, 1998, p. 527 e ss; M. ROSS, 'Article 16 EC and service of general interest: from derogation to obligation', in *ELR*, 2000, p. 22 e ss.

³⁵³ L' 'identità di spirito' tra il giudice ed il legislatore comunitario è sottolineata dalla coerenza tra la direttiva 96/92/CE in materia di obblighi di servizio pubblico e la giurisprudenza della Corte nelle sentenze del '97. 'Il richiamo agli obblighi di servizio pubblico imposti alle imprese elettriche nell'interesse economico generale (ovvero al concetto di obbligo di interesse economico generale), contenuto, come più sopra visto, negli *arrêts* giurisprudenziali di cui trattasi, appare, dunque, *perfettamente coerente* col quadro dei principi generali delineati dalla direttiva 96/92/CE, la quale, infatti, come si è parimenti visto, espressamente accoglie ed anzi esplicita il concetto di obbligo di interesse economico generale' (corsivo aggiunto). Così, A. COLAVECCHIO, 'La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario', *cit.*, p. 161.

³⁵⁴ Sentenza 22 novembre 2001, in causa C-53/00, *Ferring*, in *Racc.* 2001, p. I-9067.

³⁵⁵ Sentenza della Corte del 24 luglio 2003 in causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, in *Racc.* 2003, p. I-07747; V. anche Sentenza della Corte del 21 settembre 1999, in causa C-67/96, *Albany international*, in *Racc.* 1999, p. I-5751.

Stato, ma come strumento di indagine sulla sussistenza della nozione di aiuto di Stato. La modifica di orientamento comporta conseguenze pratiche di non poco conto, in quanto se manca la qualifica di aiuto di Stato, viene meno anche l'obbligo di notifica della misura controversa, ai sensi dell'articolo 88 CE (ora art. 108 TFUE). L'esenzione dall'obbligo di notifica determina, a sua volta, un allentamento della soglia di vigilanza sulla tutela della concorrenza. La giurisprudenza *Altmark* ha temperato, pur senza stravolgere il *dictum* della *Ferring*,³⁵⁶ recuperando il terreno della vigilanza, sul piano della verifica delle condizioni di applicazioni perché si possa invocare la deroga di cui all'articolo 86, paragrafo 2, CE.³⁵⁷ Alla luce della giurisprudenza *Altmark*, non basta dimostrare che l'assolvimento dei compiti di servizio pubblico possa costituire un impedimento, ovvero un ostacolo, perché la disciplina *antritrust* non trovi applicazione; occorre, invertire l'onere probatorio e dimostrare positivamente perché, ed in che modo, l'applicazione delle regole comunitarie sulla concorrenza renda impossibile per le imprese, in via di fatto o di diritto, l'adempimento della loro specifiche missioni.

D'altro canto, però l'onere della prova non incombe più sulla Commissione in base a considerazioni legate al test di proporzionalità ai sensi dell'articolo 86, par. 2, CE così come aveva stabilito la Corte nel '97. L'onere probatorio deve aver riguardo alle specifiche disposizioni contenute nelle direttive di armonizzazione che hanno trasformato la deroga dell'articolo 86 in un obbligo positivo, tipizzando ed armonizzando, a livello comunitario, gli obblighi di servizio pubblico gravanti sulle imprese energetiche. Dalle considerazioni economiche sull'equilibrio finanziario dell'impresa incaricata di un SIEG, il terreno di scontro tra la Commissione e gli Stati membri si sposterà sempre di più sulla valutazione degli obblighi positivi imposti alle imprese incaricate di pubblici servizi in materia di energia, ai sensi della normativa settoriale prevista nelle direttive sulla liberalizzazione dei mercati energetici.

³⁵⁶ M. MEROLA, C. MEDINA, 'De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics?', in *Cahiers droit europ.*, 2003, p. 639 e ss.

³⁵⁷ Com'è noto, perché si possa applicare la deroga prevista dall'86, paragrafo 2 occorre che siano soddisfatte cumulativamente 4 condizioni: a) che i diritti esclusivi debbano essere stati attribuiti all'impresa perché quest'ultima persegua un obiettivo o una missione specifica; b) che l'attribuzione dei diritti speciali o di esclusiva sia imputabile allo Stato ed avvenga per atto dell'autorità pubblica; c) che non fosse possibile perseguire l'obbligo di SIEG applicando le altre norme del trattato, con particolare riguardo alle libertà fondamentali, tenendo conto delle condizioni economiche dell'impresa incaricata; d) che l'attribuzione di diritti speciali o di esclusiva non minacci l'interesse della Comunità. Con particolare riferimento a quest'ultima condizione, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha precisato che spetta alla Commissione l'onere probatorio sull'esistenza di un seria minaccia all'interesse comunitario e che tale interesse non può essere presunto, sulla base di un giudizio prognostico ovvero potenziale.

7.4. Alcune considerazioni (non) conclusive sui SIEG nell'energia.

La definizione del modello di SIEG non è ancora compiuta a livello dei trattati, perché vi sono al momento, almeno, due possibili configurazioni: un modello c.d. continentale, regolato da logiche neo-keynesiana che prediligono l'intervento pubblico nella regolazione dei SIEG pur orientato alla tutela della concorrenza, ed un modello c.d. anglosassone, incentrato sulla promozione della concorrenza come strumento ottimale di garanzia della qualità e dei costi dei SIEG.

Sul piano della disciplina normativa, mentre il modello continentale risulta fortemente incentrato sulla salvaguardia dei diritti sociali degli utenti del servizio, intesi come fruitori di servizi accessibili e di qualità, titolari di diritti soggettivi (fondamentali?)³⁵⁸ alla prestazione di uno standard minimo di servizio, nel modello anglosassone la protezione dei consumatori non viene esercitata in modo diretto, attraverso il riconoscimento di un diritto soggettivo puro, ma in modo indiretto, attraverso la promozione della concorrenza tra le imprese incaricate della gestione di SIEG.

La scelta di un modello rispetto ad un altro, incide evidentemente anche sul tipo di interpretazione da riservare all'articolo 106, par. 2, TFUE. In base al primo modello, la deroga dovrebbe essere interpretata nel senso di far prevalere il piano della tutela dei diritti, rispetto alla promozione della libertà di concorrenza. Diversamente, il secondo modello si orienta sul rafforzamento della disciplina antitrust, affinché il bilanciamento non sacrifichi la libertà delle imprese sull'altare dei diritti degli utenti. Non è dato sapere come si evolverà il sistema nel suo complesso, ma l'analisi dell'evoluzione normativa e della giurisprudenza dei SIEG nel settore energetico, può dirci come sembra orientarsi il sistema comunitario nei confronti del modello di SIEG nell'energia. I servizi energetici si sono dimostrati restii ad essere attratti nella disciplina dei SIEG; la promozione della concorrenza nella gestione dei servizi energetici non ha eliminato il carattere pubblicistico di cui sono intrisi i suoi meccanismi di gestione, ma ha spostato il piano dei conflitti interpretativi dal diritto primario del trattato, alle norme specifiche di disciplina degli obblighi di servizio pubblico contenute nelle direttive di liberalizzazione. Si è posto dunque il problema dei rapporti tra la normativa di diritto derivato e la deroga dell'articolo 106, par. 2, TFUE, così come è stato interpretato dalla Corte di Giustizia.

³⁵⁸ Nella prospettiva del riconoscimento del diritto di accesso ai servizi di interesse economico generale come diritto fondamentale v. E. PACIOTTI, *Libertà-solidarietà*, in L. S. Rossi (a cura di), *'Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea'*, Giuffrè, Milano, 2002.

Il processo di liberalizzazione, finalizzato alla creazione del mercato interno dell'energia, ha gradualmente armonizzato la materia degli obblighi di servizio pubblico fino a tipizzare gli standard minimi di tutela in materia di sicurezza degli approvvigionamenti, tutela ambientale e protezione dei consumatori recuperando, sul piano normativo, la giurisprudenza dei SIEG sull'energia.

La liberalizzazione del settore energetico ha a sua volta influito sull'interpretazione dell'articolo 106, par. 2, TFUE in quanto ne ha ristretto il campo di applicazione ai settori armonizzati, ovvero in via di completa armonizzazione come nel caso dell'energia.

Lo spazio residuale di applicazione dell'articolo 106, par. 2, TFUE nei settori coperti da armonizzazione legislativa, tende a non riguardare più la giustificazione di eventuali illeciti antitrust ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE, quanto piuttosto mira a controllare la corretta applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato, ex articolo 107 TFUE³⁵⁹.

Poiché la normativa di settore nulla dice in merito al finanziamento degli obblighi di servizio pubblico nell'energia, è stata la giurisprudenza che ha valorizzato il ricorso all'articolo 86, par. 2, CE (ora art. 106, par. 2, TFUE) per valutare l'esistenza di aiuti di Stato in materia di compensazione dei costi per all'assolvimento degli oneri di servizio pubblico. La valorizzazione del ricorso all'articolo 86 CE, in funzione della disciplina degli aiuti di Stato, diviene del resto tanto più necessaria, quanto più le imprese energetiche tendono a trasformarsi in 'multiutilities', ovvero mirano ad estendere il loro campo di attività dal settore energetico, ad altri settori dei servizi a rete, come quelli relativi all'acqua, al trasporto, alla gestione del ciclo dei rifiuti.

In breve, sembra facile prevedere come spetterà alla Commissione, in qualità di custode dei trattati ed alla Corte di Giustizia, in qualità di custode dei diritti, controllare non solo che i finanziamenti pubblici siano limitati agli oneri che derivano dall'assolvimento di missioni di SIEG e non abbiano portata sovra-compensativa, ma anche che le risorse pubbliche non siano sottratte dal settore coperto dal SIEG per essere

³⁵⁹ C. RIZZA, 'The Financial Assistance Granted by Member States to Undertakings Entrusted With the Operation of a Service of General Economic Interest: The Implications of the Forthcoming Altmark Judgment for Future State Aid Control Policy', in *The Columbia Journal of European Law*, 2003 pp. 429-446; M. ANTONUCCI, 'I servizi di interesse economico generale e gli aiuti di stato', in *Consiglio di Stato II-2003*, pp. 1356-1364; R. MAGLIANO, 'Servizi di interesse economico generale, aiuti di stato e compensazione di oneri di servizio pubblico: giurisprudenza Altmark e iniziative normative della commissione CE', in *Diritto del commercio internazionale*, 2004, pp. 790-805; A. SINNAEVE, 'State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case', in *European State Aid Law Quarterly*, 2003, p. 351 ss; A. FRANTINI, F. FILPO, 'Verso una nuova disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato per la compensazione di oneri di servizio pubblico', cit.

destinate a settori nei quali l'impresa potrebbe (*rectius*: dovrebbe) operare in regime di concorrenza con le altre imprese.

Sul piano generale, attraverso la definizione armonizzata a livello comunitario degli standard minimi di servizi pubblici dell'energia, il legislatore comunitario comincia a fissare obiettivi di politica sociale. In attesa di una scelta del modello di organizzazione dei servizi pubblici a livello europeo, il rafforzamento della protezione dei consumatori si muove a cavallo tra lo strumento di politica della concorrenza (per garantire che i benefici della liberalizzazione non si arrestino solo alle imprese interessate, ma arrivino fino ai consumatori), e la politica sociale. L'individuazione di categorie di utenti, in ossequio alla tradizione francese in materia di servizi pubblici, serve a circoscrivere l'ambito dei '*clienti vulnerabili*', considerati come fasce deboli della popolazione, da proteggere attraverso la previsione di tariffe speciali e la predisposizione di meccanismi contrattuali a tutela del contraente debole. In questa prospettiva, il riconoscimento della fornitura di energia elettrica come servizio universale e la futura adozione della 'Carta europea dei consumatori di energia', sembra voler prediligere il modello continentale, almeno rispetto ai servizi minimi di base.³⁶⁰ Riconoscere la diretta applicabilità degli obblighi di servizio pubblico contenuti nelle normative di settore dell'energia significa rinnegare la mera dimensione tecnica degli obblighi e dichiarare la loro portata generale in quanto proiezioni normative del principio generale di uguaglianza. Questo, in conseguenza del fatto che tali obblighi, per le imprese, sono il riflesso dei diritti dei cittadini europei, nella particolare qualità di utenti/consumatori di energia, alla fruizione di prestazione e servizi connessi al soddisfacimento di bisogni fondamentali.

³⁶⁰ L'introduzione nel Trattato di Lisbona di una disposizione *ad hoc* per i SIEG (art. 14 TFUE) conferma l'importanza del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale.

CAPITOLO III

LA DIMENSIONE AMBIENTALE DELLA POLITICA ENERGETICA EUROPEA.

SEZIONE I. LA DISCIPLINA EUROPEA ED INTERNAZIONALE SULLA LOTTA AI CAMBIAMENTI CLIMATICI

1. Introduzione. – 2. Il principio di integrazione delle politiche ambientali e sue applicazione nel campo dell'energia. – 3. Il principio dello sviluppo sostenibile in ambito energetico. – 3.1. *La normativa europea sul risparmio energetico.* – 3.2. *La 'generazione distribuita' di energia.* – 4. Brevi cenni sulla normativa internazionale in materia di lotta ai cambiamenti climatici. – 5. Il diritto europeo sui cambiamenti climatici: la direttiva 2003/87/CE. – 5.1. *L'incerta natura giuridica delle quote di emissione.* – 5.2. *La normativa nazionale di attuazione.* – 5.3. *La giurisprudenza della Corte sulla direttiva ETS.* – 6. Una valutazione della normativa sui cambiamenti climatici tra (poche) luci e (molte) ombre. – 7. Le prospettive di revisione della normativa europea alla luce del negoziato internazionale di Copenaghen.

SEZIONE II. DISCIPLINA EUROPEA SULLE FONTI RINNOVABILI

1. Introduzione. – 2. La direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso di energia da fonti rinnovabili. – 2.1. *Il mercato delle 'garanzie di origine' ed i meccanismi flessibili.* – 2.2. *L'evoluzione della normativa europea sulle fonti rinnovabili: alcuni rilievi critici.* – 3. Il problema della sovranità degli Stati sulla scelta del *mix* energetico. – 4. Simmetrie e frammentarietà tra la disciplina delle energie rinnovabili e la lotta ai cambiamenti climatici.

SEZIONE I. LA DISCIPLINA EUROPEA ED INTERNAZIONALE SULLA LOTTA AI CAMBIAMENTI CLIMATICI

1. Introduzione

Come altrove è stato già sottolineato (*cfr.* Cap. I, sez. I), la pluridimensionalità del bene-energia è una delle caratteristiche intrinseche di quest'ultimo.

In mancanza di una base giuridica unitaria che funzionasse da pilastro del diritto europeo dell'energia, l'integrazione europea ha privilegiato l'aspetto economico attraverso una progressiva armonizzazione della disciplina dei mercati energetici finalizzata alla liberalizzazione dei mercati dell'elettricità e del gas.

Tuttavia, a partire dagli anni '90, la dimensione ambientale del diritto europeo dell'energia è venuta ad acquisire una rilevanza sempre maggiore e questo non solo, (*rectius*: non tanto), per istanze ecologiche (invero, già presenti da molti

anni in ambito internazionale), quanto a ragioni economiche, tenuto conto dello svantaggio competitivo che le imprese europee sono costrette a pagare, rispetto alle imprese concorrenti, a causa dell'alto costo di importazione dei combustibili fossili.

Più recentemente, la dimensione ambientale è divenuta centrale, grazie alla consapevolezza delle conseguenze economiche e sociali causate dalla lotta ai cambiamenti climatici: i progressi della scienza, in punto di misurazione e previsione dell'impatto delle attività antropiche sul riscaldamento globale, hanno profondamente colpito l'opinione pubblica europea determinando, sul piano normativo, una forte accelerazione dell'integrazione europea nei settori della lotta ai cambiamenti climatici e della politica energetica, divenute ormai priorità politiche nell'agenda del legislatore europeo.

Tutto ciò ha dunque avuto un impatto profondo sulla normativa europea ed internazionale, imponendo l'adozione di un approccio sempre più coerente ed integrato tra la politica energetica sulle fonti rinnovabili e la lotta ai cambiamenti climatici.

Tuttavia, non sempre il legislatore ha dato l'impressione di sapersi muovere in un quadro organico ed unitario; all'inverso, la disciplina sulle fonti rinnovabili e sui cambiamenti climatici ha originato un insieme disarticolato di norme, caratterizzato dalla frammentarietà e dall'incoerenza rispetto ad altre disposizioni di diritto derivato e, talvolta, anche rispetto ad alcune norme primarie del trattato.

In questo capitolo, ci si propone di ricostruire la legislazione sulle energie rinnovabili e sulla lotta ai cambiamenti climatici, sia a livello di diritto internazionale che di diritto dell'Unione, nella prospettiva di individuare un (sotto-)sistema normativo capace di garantire unità interna e coerenza con i principi generali di diritto dell'Unione, con le norme dei trattati, nonché con i principi peculiari della materia di riferimento, quali il principio di integrazione delle politiche ambientali in materia di energia ed il principio dello sviluppo energetico sostenibile.

A prima vista, la disciplina sulle fonti rinnovabili e quella sui cambiamenti climatici sembrano rispondere a finalità diverse, ragione che (apparentemente) ne giustifica la ripartizione in diversi settori delle politiche dell'Unione. La legislazione sulle fonti rinnovabili impone, direttamente agli Stati, e indirettamente alle imprese, di ricorrere nel loro ciclo di produzione ad una fonte di energia alternativa rispetto ai combustibili fossili, considerata maggiormente compatibile con l'obiettivo di garantire un elevato livello di protezione ambientale. La legislazione sulla lotta ai cambiamenti climatici si pone, invece, in una prospettiva di tutela inter-generazionale e intra-generazionale dell'atmosfera, attraverso l'elaborazione di obiettivi vincolanti di riduzione delle emissioni inquinanti prodotte dalle attività antropiche.

A ben vedere entrambi i settori, pur perseguendo finalità distinte e separate, sono accomunati da un tratto fondamentale che, ai fini della nostra analisi,

rende necessaria una trattazione congiunta all'interno di una cornice comune: entrambe le discipline finiscono per incidere profondamente sulla sovranità degli Stati membri rispetto alla scelta tra le diverse fonti di energia da utilizzare nella struttura generale dell'approvvigionamento energetico. I legami tra l'obiettivo di ridurre i gas a effetto serra, creare un mercato delle quote di emissione e garantire un maggiore impiego delle energie rinnovabili sono molto intensi. In effetti, tutti questi obiettivi sembrano porsi in termini di *complementarietà* rispetto al più generale obiettivo di orientare il sistema economico europeo verso una transizione energetica sostenibile, non più fondata esclusivamente sui combustibili fossili.

Se il sistema europeo sul mercato interno delle quote di emissione intende favorire la crescita del settore delle energie rinnovabili, gli strumenti delle garanzie di origine ed i meccanismi flessibili previsti dalla direttiva sulle energie rinnovabili possono contribuire in misura decisiva al conseguimento degli obiettivi di riduzione dei gas a effetto serra. Entrambe le discipline rischiano però, inevitabilmente, di entrare in rotta di collisione con il principio della sovranità statale sulla scelta delle fonti di approvvigionamento. Tale principio è stato sempre strenuamente difeso dagli Stati membri, i quali continuano ad opporsi alla cessione di ulteriori pezzi di sovranità, in favore delle istituzioni europee, sulla scelta del mix energetico. L'analisi congiunta della disciplina sulle fonti rinnovabili e di quella sui cambiamenti climatici pone, però, in dubbio che non si siano già verificate, almeno in via di fatto, ulteriori cessioni della sovranità statale sulla struttura dell'approvvigionamento energetico.

2. Il principio di 'integrazione delle politiche ambientali' e sue implicazioni nel campo dell'energia

Com'è noto, il processo di approfondimento dell'integrazione europea in chiave di tutela ambientale ha subito un'evoluzione sostanziale nell'ordinamento dell'Unione, in forza delle revisione dei trattati e della giurisprudenza della Corte di Giustizia³⁶¹.

³⁶¹ Per una ricostruzione più ampia della tutela ambientale nel diritto comunitario si rinvia a L. KRÄMER, *EC environmental law*, Sweet & Maxwell, London 2007; J. SCOTT (a cura di), *Environmental protection: European law and governance*, Oxford University Press, Oxford, 2009; M. LEE, *EU Environmental Law: Challenges, Change and Decision-making*, Hart Publishing, Oxford, 2005; J. H. JANS, H. B. VEDDER, *European Environmental Law*, Europa Law Publishing, Groningen 2000; N. S. J. KOEMAN (a cura di) *Environmental law in Europe*, Kluwer law, Aja, 1999; L. KRÄMER, 'Droit communautaire et état de l'environnement en Europe', in *Revue du droit de l'Union européenne*, 1/07, p. 127 e ss.; FOIS, 'Il diritto ambientale nell'ordinamento dell'Unione europea' in CORDINI, FOIS, MARCHISIO, *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati*, Torino, Utet, 2005, p. 51 e ss.; CORDINI, 'Ambiente (tutela dell') nel diritto delle Comunità europee', in *Digesto discipline pubblicistiche*, vol. I, Torino, Utet, 1987, p. 193 e ss.; DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*,

L'iniziale silenzio del Trattato di Roma in materia di ambiente è stato squarciato dall'Atto unico europeo che ha introdotto la materia ambientale, per la prima volta, all'interno dei trattati³⁶². Successivamente, il trattato di Maastricht ha segnato un deciso rafforzamento della politica ambientale, elevando quest'ultima dalle azioni della Comunità (ora Unione), al rango di politica comunitaria, disciplinata sotto il titolo XVI agli articoli 130 R, 130 S e 130 T. In seguito, il Trattato di Amsterdam ha rubricato la politica ambientale sotto gli articoli 174, 175 e 176 del titolo XIX e, cosa più rilevante, ha spostato il principio di integrazione della politica ambientale dalla specifica area della competenza ambientale per inserirlo sotto la categoria dei principi generali (ex articolo 6 paragrafo 2 CE). In questo breve *excursus*, il Trattato di Lisbona, dedica all'ambiente il titolo XX: pur rappresentando un consolidamento delle precedenti evoluzioni normative e giurisprudenziali sulla tutela ambientale, la disciplina contenuta nel trattato di Lisbona (ex artt. 191-193 TFUE) non costituisce di certo un traguardo finale del processo di approfondimento dell'integrazione ambientale. In particolare, le disposizioni del Trattato di Lisbona che estendono l'ambito di applicazione della politica ambientale alla lotta ai cambiamenti climatici (ora riconosciuta come nuova competenza dell'Unione, ai sensi dall'articolo 191 TFUE) possono garantire una nuova spinta propulsiva alla tutela ambientale aprendo molteplici scenari su un terreno di disciplina innovativo e, per certi aspetti, ancora inesplorato.

Il principio di integrazione della politica ambientale, ai sensi dell'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali e dell'articolo 11 TFUE (ex art. 6 paragrafo 2 CE), afferma che: *'Un livello elevato di tutela dell'ambiente e di miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile'*.

Il riconoscimento del principio di integrazione ambientale nella Carta dei diritti fondamentali pone una serie di quesiti interpretativi: in effetti, risulta particolarmente difficile cogliere quale possa essere il reale valore aggiunto apportato dalla Carta, rispetto a quanto già affermato nelle disposizioni di diritto primario, così come può destare qualche perplessità l'introduzione, in un catalogo di diritti fondamentali, della protezione ambientale, soprattutto se essa

Milano, Giuffrè, 2004; FERRARA (a cura di), *'La tutela dell'ambiente'*, in AJANI, BENACCHIO (a cura di), *'Trattato di diritto privato dell'Unione europea'*, Torino, 2006; L. KRÄMER, *'Manuale di diritto comunitario per l'ambiente'*, Milano, 2002; B. NASCIBENE, *'Ambiente (tutela dell'ambiente nel diritto comunitario)*, in *Nov. Dig. It.*, vol. I, Torino, Utet, 1980, p. 274 e ss.; PILLITU, *'Profili costituzionali della tutela ambientale dell'ordinamento comunitario europeo'*, Perugia, 1992; SAGGIO, *'Le basi giuridiche della politica ambientale nell'ordinamento comunitario dopo l'entrata in vigore dell'Atto Unico europeo'*, in *Riv. dir. europeo*, 1990, p. 39 e ss. Con particolare riguardo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'ambiente si rimanda a L. KRÄMER, *'Casebook on EU environmental law'*, Hart Publishing, Oxford, 2002.

³⁶² Nell'Atto unico europeo i primi riferimenti all'ambiente erano contenuti nel Preambolo ed agli artt. 2, 100 e 235.

viene a configurarsi in termini di principio, anziché in termini di diritti individuali³⁶³. L'incerto *status* giuridico del principio di integrazione delle politiche ambientali apre il campo a diverse possibili opzioni interpretazione della disposizione normativa, che possono essere, per convenzione, raggruppate in almeno tre distinte concezioni del principio in esame³⁶⁴. Una parte della dottrina sostiene che il principio in questione non abbia un valore giuridico, ma sia piuttosto da considerare alla stregua di una norma programmatica di principio, cui il legislatore deve ispirarsi nell'adozione delle politiche dell'Unione.³⁶⁵ Altra parte della dottrina rivendica il valore normativo e vincolante del principio in esame, imponendo ai giudici comunitari di annullare gli atti che siano stati adottati senza tener conto delle possibili conseguenze ambientali³⁶⁶. Infine, sussistono varie posizioni intermedie che, pur riconoscendo la portata normativa del principio in esame, ne disconoscono la giustiziabilità.³⁶⁷

Nell'analisi della giurisprudenza della Corte sul principio di integrazione delle politiche ambientali è interessante notare come siano stati soprattutto gli avvocati generali che, assolvendo ad una funzione evolutiva del diritto

³⁶³ In riferimento all'interpretazione della tutela ambientale alla luce della Carta dei diritti fondamentali si rinvia a K. HECTORS, 'The Chartering of environmental protection: exploring the boundaries of environmental protection as human right', in *European Energy and Environmental Law Review*, 2008, p. 165 e ss.; A. LUCARELLI, 'Articolo 37' in R. BIFULCO et alii, (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 261 e ss.; S. GRASSI, 'La Carta dei diritti e la tutela dell'ambiente (art. 37)' in G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, CEDAM, Padova, 2002; B. POZZO, 'L'articolo 37 e la tutela dell'ambiente come diritto fondamentale' in M. D. PANFORTI (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 171 e ss.; C. COFFEY, 'The EU Charter of Fundamental Rights: the place of the environment', in K. FEUS (a cura di), *The EU Charter on Fundamental Rights: text and commentaries*, Federal Trust, 2000, p. 132 e ss.; A. C. KISS, 'The European Charter of fundamental rights and freedoms, environment and consumer protection', in S. PEERS, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

³⁶⁴ Per una ricostruzione in chiave storico-evolutiva del principio in esame all'interno dell'ordinamento comunitario v. J. JORDAN, A. LENSCHOW, 'Innovation in Environmental policy? Integrating the environment for sustainability', Edward Elgar Publishing, 2008; S. IZZO, *Il principio di integrazione ambientale nel diritto comunitario*, Editoriale scientifica, Napoli, 2006, pp. 136-141; E. R. KLATTE, 'The principle of Integration after 25 years of Community Environmental Policy', in *LEA*, 1999, p. 370 e ss.; A. LENSCHOW, (a cura di), 'Environmental Policy Integration: greening sectoral policies in Europe', Earthscan, Londra, 2002.

³⁶⁵ N. DE SADELEER, 'Environmental principles – From political slogans to political rules', Oxford Press University, Oxford, 2002.

³⁶⁶ Tra gli altri, v. T. SCHUMACHER, 'The environmental integration clause in article 6 of the EU Treaty: prioritizing environmental protection' in *ELR*, 2001, p. 29 e ss.; A. LENSCHOW, (a cura di), 'Environmental Policy Integration: greening sectoral policies in Europe', *cit.*

³⁶⁷ M. WASMEIER, 'The integration of Environmental Protection as a general rule for interpreting community law', in *CMLR*, 2001, p. 159 e ss.

dell'Unione, hanno cercato di riconoscere il carattere vincolante del principio di integrazione³⁶⁸.

A tale riguardo è emblematica l'affermazione dell'avvocato generale F. Jacobs che sembra quasi voler prendere posizione nella disputa dottrinarica intorno all'interpretazione del principio di integrazione della politica ambientale affermando che:

*[...] As its wording shows, Article 6 is not merely programmatic; it impose legal obligations*³⁶⁹.

Il formale riconoscimento del principio di integrazione della politica ambientale all'interno della Carta dei diritti fondamentali ed il sempre più frequente richiamo nella legislazione derivata³⁷⁰ sono i segni che il principio in questione va assumendo una rilevanza giuridica.

Riconoscere il valore giuridico del principio di integrazione della politica ambientale come parametro di legalità degli atti dell'Unione che abbiano un sensibile impatto sull'ambiente, non significa certo affermare la preminenza dell'interesse ambientale rispetto ad altri interessi dell'Unione, parimenti meritevoli di tutela. Il riconoscimento del carattere giuridico del principio di integrazione significa piuttosto garantire che, nell'esercizio del potere discrezionale cui dispongono le istituzioni europee nel processo legislativo, l'interesse ambientale debba essere necessariamente tenuto in debita considerazione. Ne consegue che, in caso di assenza di valutazione, ovvero di manifesto errore nella ponderazione dell'interesse ambientale, i giudici potrebbero fondare una decisione di annullamento di un atto dell'Unione che abbia un elevato impatto ambientale per violazione dell'articolo 11 TFUE (già art. 6, paragrafo 2, CE)³⁷¹.

Secondo alcuni autori, il principio di integrazione delle politiche ambientali, oltre che come parametro di legalità degli atti dell'Unione che abbiano un impatto sull'ambiente, può essere utilizzato anche come regola di *governance*

³⁶⁸ Vedi le Conclusioni dell'avv. gen. F. Jacobs, punto n. 25, nel caso *PreussenElektra AG c. Schlesweg AG*, causa C- C-379/98, in *Racc.* 2001, p. I-2099; v. anche *Commissione c. Austria*, causa C- C-320/03, in *Racc.* 2005, p. I-09871; *Commune de Mesquer c. Total France SA*, causa C-188/07, in *Racc.* 2008; conclusioni dell'avv. Gen. Léger, punto 9, *EU-Wood-Trading GmbH v Sonderabfall*, causa C-277/02, in *Racc.* 2004, p. I-11957; conclusioni dell'avv. gen. Colomer, punto 36 in *Commissione c. Italia*, causa C-87/02, in *Racc.* 2004, p. I-05975.

³⁶⁹ Conclusioni dell'avv. gen. F. Jacobs in causa *PreussenElektra AG*, *cit.* punto n. 25.

³⁷⁰ Da ultimo, v. la direttiva 2009/22/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili.

³⁷¹ Invero, non consta che la giurisprudenza della Corte si sia, almeno fino ad ora, mai spinta fino a fondare l'annullamento di un atto comunitario per violazione del principio di integrazione della politica ambientale.

delle questioni ambientali e, come tale, può avere una dimensione orizzontale ed una verticale³⁷².

La dimensione orizzontale del principio di integrazione consentirebbe di estendere il campo di applicazione della tutela ambientale dalla specifica area della politica ambientale ad altri settori di intervento dell'Unione; essa può risultare un utile strumento per garantire l'uniformità e la coerenza del diritto dell'Unione. La dimensione verticale consentirebbe, invece, di rafforzare gli strumenti di partecipazione dei singoli e delle associazioni ambientali nel processo di formazione della normativa ambientale.

Ai fini della nostra analisi, può essere utile sottolineare le implicazioni che il riconoscimento del valore giuridico del principio di integrazione può avere rispetto alla politica energetica europea. In effetti, nonostante la trasversalità delle politiche ambientali sia oramai un dato acquisito della letteratura giuridica³⁷³, le conseguenze che possono discendere sul piano giuridico dal carattere vincolante del principio di integrazione rispetto all'esercizio di altre competenze dell'Unione, rimane un argomento particolarmente controverso.

È evidente che l'attribuzione di una rilevanza obbligatoria al principio in esame incide sulla tecnica del bilanciamento degli interessi contrapposti: il margine di apprezzamento delle istituzioni europee e dei governi nazionali, in sede di attuazione degli obblighi dell'Unione, si riduce fortemente, vincolando i soggetti coinvolti nel processo di formazione di atti a tener conto delle conseguenze ambientali, anche quando l'atto, pur non avendo come scopo principale la tutela ambientale, finisce per avere rilevanti conseguenze nocive per l'ambiente.

Il principio di integrazione può contribuire a 'liberare' la tutela ambientale dai confini della relativa politica di settore, estendendo il campo di applicazione della protezione ambientale ad altri campi delle politiche dell'Unione, come l'energia, i trasporti, la salute pubblica e la coesione sociale e territoriale.

Con particolare riferimento alla politica energetica, essa è senza dubbio uno dei settori chiave per valutare l'effettività del principio di integrazione della politica ambientale. Tradizionalmente, il diritto europeo dell'energia si è concentrato sugli aspetti dell'integrazione economica in quanto la priorità dell'Unione era quella di realizzare il mercato interno dell'energia ed assicurare la leale concorrenza nei mercati energetici. Più recentemente la tutela ambientale ha cominciato ad affrancarsi dal ruolo di subalternità rispetto all'integrazione

³⁷² In tal senso, v. J. SCOTT (a cura di), *'Environmental Protection: European Law and Governance'*, Oxford University Press, Oxford 2009.

³⁷³ Per un'analisi delle applicazioni del principio di integrazione della politica ambientale nel settore dell'energia si rinvia a U. COLLIER, *'EU Energy policy in a changing Climate'* in A. LENSCHOW (a cura di) *'Environmental Policy Integration: greening sectoral policies in Europe'*, 2002, pp. 175-192; v. anche S. IZZO, *'Il principio di integrazione ambientale nel diritto comunitario'*, cit.

economica, segnalando l'esigenza di adottare un approccio più integrato tra la politica energetica e la lotta ai cambiamenti climatici.

L'applicazione del principio di integrazione nella politica energetica impone che le istituzioni europee, nel processo di formazione degli atti di diritto europeo dell'energia, tengano in debito conto la gestione dei rischi ambientali legati al fenomeno dei cambiamenti climatici, orientando le loro scelte di politica legislativa verso misure che rivestano il minore impatto ambientale e che siano compatibili con il raggiungimento degli impegni internazionali assunti in termini di riduzione delle quote di emissione.

L'approccio integrato tra la politica climatica ed il settore energetico, da un lato, consente di recuperare una dimensione olistica della tutela ambientale e, dall'altro, diventa un canone di coerenza tra gli aspetti interni e gli aspetti esterni della politica energetica europea. Il legame tra la politica energetica e la lotta ai cambiamenti climatici è infatti particolarmente evidente se si considera l'impatto ambientale che l'industria energetica produce in termini di emissioni di Co₂³⁷⁴. Tale legame risulta meno evidente, ma altrettanto importante, se si tiene conto dell'incidenza che a sua volta l'adozione di misure climatiche può avere sulla sicurezza degli approvvigionamenti energetici³⁷⁵.

In conformità al principio di integrazione, l'analisi della dimensione ambientale della politica energetica europea deve fondarsi su un approccio (realmente) integrato, in grado di tenere in considerazione le reciproche implicazioni, le simmetrie e le asimmetrie regolatorie che esistono tra la disciplina sulle fonti rinnovabili e quella sul mercato delle quote di emissione.

3. Il principio dello sviluppo sostenibile in ambito energetico

Il principio dello sviluppo sostenibile è un principio di diritto internazionale che impone uno sviluppo economico compatibile con la conservazione delle risorse ambientali, sia a beneficio delle generazioni presenti, sia a presidio della capacità per le generazioni future di progredire in armonia con l'ambiente³⁷⁶.

³⁷⁴ La produzione ed il consumo di energia sono responsabili per oltre il 70% sul totale di immissione di Co₂ nell'atmosfera.

³⁷⁵ Sul punto v. L. ECCHER, 'Il libro verde della Commissione europea sull'adattamento ai cambiamenti climatici', in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 5/07, p. 933. Più in generale, per cogliere le relazioni tra le politiche climatiche e la sicurezza internazionale si rinvia R. K. PACHAURI, 'Acceptance speech for the Nobel Peace Prize awarded to the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)', accessibile on-line sul sito: <http://www.ipcc.ch/graphics/speeches/nobel-peace-prize-oslo-10-december-2007.pdf>.

³⁷⁶ Nella sterminata letteratura giuridica in tema di sviluppo sostenibile ci si limita qui a richiamare P. FOIS (a cura di) 'Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente' in Atti del Convegno SIDI 2006, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007; V. PEPE, 'Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno' in *Riv. giur. Amb.*, 2002, p. 219 e ss.; MARCHISIO, 'Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale' in MARCHISIO, RASPADORI, MANEGGIA (a cura di), 'Rio cinque anni dopo', Milano, 1998; F.

La tridimensionalità del principio dello sviluppo sostenibile (ambientale, economico e sociale) si declina in maniera peculiare nel settore dell'energia: esiste un reciproco rapporto di causa-effetto tra i tassi demografici e la domanda di energia per cui la fruizione dei beni energetici costituisce un elemento essenziale per lo sviluppo delle popolazioni mondiali e, a sua volta, la crescita esponenziale della demografia mondiale si ripercuote in un incremento della domanda mondiale di energia. La crescita economica dei sistemi industriali si è basata, per lungo tempo, sulla convinzione che le risorse energetiche fossero inesauribili e che il nostro ecosistema fosse in grado di adattarsi naturalmente ai ritmi di crescita dell'uomo. Entrambi i fondamenti sono ora messi in discussione, sia a causa della rapida crescita delle economie emergenti, sia a causa del fenomeno del riscaldamento globale. La necessità di coniugare lo sviluppo socio-economico delle nuove economie con la tutela dell'ambiente si estrinseca nello scopo di evitare uno sfruttamento indiscriminato delle fonti energetiche tradizionali. Per ovviare ai rischi ambientali legati al depauperamento delle risorse energetiche ed allo scopo di conciliare lo sviluppo energetico della comunità internazionale con la tutela dell'ambiente, il principio dello sviluppo sostenibile in ambito energetico si orienta, da un lato, verso la regolamentazione delle modalità di sfruttamento delle risorse energetiche tradizionali e, dall'altro, verso la disciplina delle fonti energetiche alternative³⁷⁷. In conformità al principio dello 'sviluppo energetico sostenibile' l'Unione europea ha deciso di regolamentare l'utilizzo delle risorse energetiche, sia dal versante dei consumi che da quello dell'offerta: dal lato della domanda, dal principio dello sviluppo sostenibile discende la normativa europea sul risparmio energetico; dal lato dell'offerta, l'applicazione più avanzata dello sviluppo sostenibile pone le premesse per realizzare la 'generazione distribuita' di energia.

3.1 La normativa europea sul risparmio energetico

Per quanto concerne la domanda di energia, la regolamentazione mira a razionalizzare l'uso delle fonti energetiche tradizionali, attraverso un insieme di atti normativi volti ad incrementare l'efficienza ed il risparmio energetico. L'efficienza ed il risparmio energetico sono strumenti che intendono contenere la crescita dei consumi di energia, modificando i comportamenti dei

MUNARI, 'Tutela internazionale dell'ambiente' in CARBONE, LUZZATO, SANTA MARIA (a cura di), in *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2003, p. 406 e ss.; A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, CEDAM, Padova, 2006, pp. 177-181; M. IOVANE, 'Soggetti privati, società civile e tutela internazionale dell'ambiente' in *Il diritto internazionale dell'ambiente dopo il vertice di Johannesburg*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, pp. 133-182.

³⁷⁷ In riferimento all'impatto dei principi dello sviluppo sostenibile sulla politica energetica europea si rinvia a S. QUADRI, 'Energia rinnovabile per una società sostenibile', in *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, cit., pp. 161-175.

consumatori verso un uso più responsabile ed ecologico delle risorse energetiche impiegate. Dal punto di vista terminologico, mentre l'efficienza energetica indica il rapporto tra i risultati in termini di rendimento di servizi e merci con l'immissione di energia, il risparmio energetico è la misurazione della quantità di energia risparmiata per raggiungere lo stesso risultato nell'utilizzo di un determinato bene. Il risparmio energetico avviene grazie all'attuazione di una o più misure di miglioramento dell'efficienza energetica, risultante da cambiamenti tecnologici, economici o comportamentali.

Il risparmio energetico costituisce la più grande ed immediata risorsa che l'Unione europea ha a disposizione per osservare gli impegni di riduzione delle quote di emissione, assunti a livello internazionale³⁷⁸. Esso è inoltre in grado di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico ed aumentare la competitività del proprio sistema di produzione.

Una delle priorità della politica energetica europea consiste dunque nel concretizzare le potenzialità di risparmio energetico in modo sostenibile. Tuttavia, per concretizzare tale potenzialità è necessario un mutamento radicale dei consumi energetici che presuppone un cambiamento dei comportamenti sociali, finalizzato ad utilizzare sempre meno energia, pur mantenendo invariato il livello della qualità di vita.

Per raggiungere l'obiettivo del risparmio energetico, la normativa europea si rivolge sia ai produttori di energia, affinché sviluppino tecnologie e prodotti sempre più efficienti sul piano energetico, sia ai consumatori, affinché l'efficienza energetica diventi un elemento fondamentale della loro decisione finale di acquisto.

Nel diritto dell'Unione esiste ormai un consistente *corpus* normativo finalizzato al miglioramento dell'efficienza energetica dei prodotti che consumano energia, dal settore edilizio ai servizi energetici. Tra essi si possono citare la direttiva 2005/32/CE sulla progettazione ecocompatibile³⁷⁹, il regolamento 'Energy Star'³⁸⁰, la direttiva sull'etichettatura energetica³⁸¹, la direttiva 2006/32/CE

³⁷⁸ Secondo le più recenti stime della Commissione, l'Unione europea continua a sprecare a causa dell'inefficienza energetica almeno il 20% della sua energia, con un costo superiore a 100 miliardi di euro annui ed un'emissione di sostanze inquinanti pari a 390 Mtep che rappresenta l'impegno globale europeo, previsto dal Protocollo di Kyoto, di ridurre dell'8% le emissioni inquinanti. Per maggiori dettagli si rinvia alla Comunicazione della Commissione '*Piano d'azione per l'efficienza energetica: concretizzare le potenzialità*', COM(2006)545 def., Bruxelles, 19.10.2006.

³⁷⁹ Direttiva sulla progettazione ecocompatibile (2005/32/CE) in GU L 191 del 22.7.2005, pag. 29.

³⁸⁰ Regolamento (CE) n. 2422/2001 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, concernente un programma comunitario di etichettatura relativa ad un uso efficiente dell'energia per le apparecchiature per ufficio in GU. L 332 del 15/12/2001, pp. 1-6.

³⁸¹ Direttiva 92/75/CE in GU L 297 del 13.10.1992, pp. 16-19.

sull'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici³⁸² ed infine la direttiva 2002/91/CE sul rendimento energetico nell'edilizia³⁸³.

L'analisi delle singole discipline normative esula dall'ambito della presente ricerca: tuttavia, può essere utile sottolineare in questa sede come il legislatore europeo abbia individuato nel settore dell'edilizia una delle proprie priorità di intervento sul risparmio energetico. Il diritto europeo dell'energia stimola la crescita del settore della bio-edilizia, in cui si sperimentano forme innovative di architettura affinché le case, sin dalla fase della progettazione, vengono concepite e costruite non solo con l'idea di consumare l'energia, ma anche con l'idea di produrre l'energia. Ai fini del raggiungimento dell'obiettivo di promuovere il risparmio energetico nel settore dell'edilizia, il diritto dell'Unione assegna un ruolo fondamentale agli enti locali: essi hanno la responsabilità di svolgere un ruolo di esempio per la progettazione e realizzazione di programmi di edilizia pubblica orientati verso i più alti standard di efficienza e risparmio energetico³⁸⁴.

3.2 La 'generazione distribuita' di energia

Per quanto riguarda la regolazione dell'energia sul lato dell'offerta, l'applicazione del principio dello sviluppo sostenibile nel settore energetico richiede l'adozione di norme e strumenti finanziari finalizzati ad incentivare il ricorso alle fonti alternative nella produzione di energia.

La disciplina europea sulle fonti rinnovabili ha l'obiettivo di favorire la transizione energetica verso un ciclo di produzione finalizzato ad un basso consumo di carbonio; la diversificazione delle fonti energetiche nel *mix* di produzione dell'energia mira a sostituire i combustibili fossili con fonti alternative. La transizione energetica risulta indispensabile non solo per raggiungere gli obiettivi di una maggiore tutela ambientale, ma anche per garantire l'obiettivo della sicurezza energetica in quanto contribuirebbe a liberare gli Stati membri dal giogo della dipendenza energetica dai Paesi terzi. In realtà, l'ambito di applicazione materiale della disciplina sulle fonti rinnovabili è molto ampio: la normativa europea non si rivolge solo agli Stati

³⁸² La direttiva sull'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici (2006/32/CE) in GU L 114 del 27.4.2006, p. 64. La direttiva fissa un obiettivo generale di risparmio energetico nella misura del 9% per il nono anno di applicazione della presente direttiva.

³⁸³ La direttiva sul rendimento energetico nell'edilizia (2002/91/CE) in GU L 1 del 4.1.2003, pag. 65.

³⁸⁴ Molte città europee si sono assunte questo onere aderendo, su base volontaria, alla 'Convenzione dei Sindaci', una rete permanente ideata allo scopo di promuovere la circolazione delle *best practises* per la realizzazione di progetti finalizzati al miglioramento dell'efficienza energetica nelle aree urbane. In tale contesto è particolare il caso di Friburgo che ha modificato completamente il suo profilo urbano in favore di una architettura di *plus-in-house*, ovvero per la realizzazione di case in grado di produrre più energia rispetto a quella consumata per uso domestico.

membri, ma ha come destinatari diretti, nel breve termine, i produttori di energia e le imprese, e come destinatari indiretti, in una prospettiva di medio-lungo termine, i consumatori e gli utenti finali.

Il più grande ostacolo alla realizzazione della transizione energetica verso un ciclo economico basato sulle fonti di energia rinnovabile è dovuto alla configurazione della filiera energetica. Attualmente, il sistema di produzione di energia è strutturato come un sistema verticale che non consente la diffusione su larga scala di forme di auto-produzione dell'energia. La rete di distribuzione dell'energia è stata, almeno fino ad ora, concepita in termini verticali: l'energia elettrica viene generata in grandi centrali e trasportata attraverso lunghe linee di trasmissione sino all'utente finale. L'attuale rete di distribuzione dell'energia elettrica è stata progettata per assicurare un flusso unidirezionale di energia, dall'alto verso il basso, dalla fonte di produzione verso la fonte di consumo.

Il principio dello sviluppo sostenibile, portato alle sue estreme conseguenze nell'ambito energetico, potrebbe porre le premesse per una generazione distribuita che stravolgerebbe la logica convenzionale di produzione e distribuzione dell'energia. L'abbattimento dei costi di produzione dell'elettricità dovuto all'impiego delle fonti rinnovabili di nuova generazione potrà rendere, nel prossimo futuro, particolarmente conveniente l'installazione di piccoli impianti di auto-produzione di energia derivata da fonti rinnovabili. Lo sviluppo e l'interconnessione di una moltitudine di piccoli impianti energetici sono le premesse per la creazione di una 'generazione distribuita' di energia che sancirebbe la definitiva de-verticalizzazione delle reti energetiche di distribuzione.

Con l'espressione 'generazione distribuita' si indicano una pluralità di piccoli impianti domestici di produzione di energia elettrica, interconnessi tra di loro, ed ubicati presso gli utenti finali. La generazione distribuita consente forme di accesso orizzontale tra i c.d. 'consum-autori' di energia ed introduce il principio di democraticità nel sistema energetico, poiché ogni utente finale potrebbe essere in grado di risultare, nello stesso tempo, fornitore e consumatore di energia³⁸⁵.

³⁸⁵ Sulla generazione distribuita e le sue implicazioni per la creazione di un'economia all'idrogeno v. J. RIFKIN, *'Economia all'idrogeno'*, Mondadori, Milano, 2002; P. FRASER, S. MORITA, *'Distributed generation in liberalised electricity markets'*, IEA, OECD, 2002; A. CHAMBERS, *'Distributed generation. A Nontechnical guide'*, Pennwell, 2001; ANNE-MARIE BORBELY, J. F. KREIDER (a cura di) *'Distributed generation : the power paradigm for the new millennium'*, CRC Press, 2001; I. SCRASE, G. MACKERRON (a cura di) *'Energy for the future : a new agenda'*, Palgrave Macmillan, 2009.

In riferimento all'idrogeno che è un vettore di energia e non una fonte energetica, l'Unione europea ha intrapreso da anni una serie di iniziative rivolte alla ricerca sullo sviluppo delle celle a idrogeno (*fuel cells*) come sistemi di distribuzione dell'energia ed all'impiego delle macchine ad idrogeno nel settore dei trasporti. In riferimento al primo ambito, è stato adottato, sulla base degli articoli 171 e 172 CE, il Regolamento CE n. 521/2008 del Consiglio del 30 Maggio 2008 che istituisce l'Impresa Comune «Celle a combustibile e idrogeno»; il regolamento mira a portare

La generazione distribuita è l'implicazione più avanzata del principio dello sviluppo sostenibile in ambito energetico perché consente di ancorare lo sviluppo economico e sociale alla tutela dell'ambiente, attraverso un continuo controllo dei consumi da parte dello stesso utente finale ed un costante ricorso alle fonti rinnovabili, come fonti di produzione di elettricità³⁸⁶. La generazione distribuita potrebbe inoltre rispondere a quella esigenza di equità³⁸⁷ che è immanente al principio dello sviluppo sostenibile. Spostare l'asse della 'povertà energetica' dal tema della *proprietà* delle fonti di energia, al tema dell' *accesso* ai sistemi di energia distribuita significa, soprattutto per gli utenti isolati, garantire una redistribuzione più equa delle risorse energetiche sul territorio europeo ed individuare un'efficace strumento di lotta contro la povertà energetica.

4. Brevi cenni sulla normativa internazionale in materia di lotta ai cambiamenti climatici

La lotta ai cambiamenti climatici è una questione di grande complessità scientifica, economica, giuridica e rappresenta, al momento, la sfida più importante delle prossime politiche ambientali. Gli studi scientifici avviati nei primi anni '60 hanno dimostrato che esiste una stretta correlazione tra lo sviluppo dei Paesi industrializzati e la crescita della concentrazione dei gas inquinanti nell'atmosfera. La produzione industriale, fondata sui combustibili fossili, rilascia nell'aria anidride carbonica ed altri gas nocivi che vengono intrappolati nell'atmosfera generando un 'effetto serra', per cui le radiazioni solari ritornano sulla terra determinando l'aumento delle temperature medie della superficie terrestre. L'enorme produzione di dati scientifici e l'affinamento degli strumenti di misurazione del riscaldamento globale, tali da descrivere il fenomeno dei cambiamenti climatici come un *fatto* e non come una teoria,

l'Europa all'avanguardia mondiale delle tecnologie delle celle a combustibile e dell'idrogeno e a consentirne la penetrazione commerciale su larga scala. In materia di trasporti, è stato invece recentemente adottato il Regolamento CE n. 79/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 gennaio 2009 relativo all'omologazione dei veicoli a motore alimentati a idrogeno e che modifica la direttiva 2007/46/CE, pubblicata in GU L 35, p. 32.

³⁸⁶ Sul punto v. DUNN, *'Hydrogen Futures. Towards a Sustainable Energy System'*, Washington DC, 2001.

³⁸⁷ Sono attualmente in fase di elaborazione, a livello comunitario ed internazionale, nuovi indici per la misurazione dello sviluppo economico in senso maggiormente conforme al principio dello sviluppo sostenibile. Il principio dello sviluppo sostenibile dovrebbe essere adottato per istituire un nuovo 'indice verde' di sviluppo economico, sostitutivo ovvero alternativo rispetto al PIL, che tenga conto della crescita dei piani di ripristino nazionali e dell'economia in senso eco-efficiente ed eco-compatibile. La creazione di un indice di sostenibilità ambientale, accettato su scala mondiale, dovrebbe tener conto non solo del tasso di sviluppo economico di un sistema, ma dovrebbe contemplare anche indicatori di sviluppo sociale ed ambientale quali l' emissioni di gas serra, la generazione di rifiuti, l' utilizzo dell'acqua e delle risorse energetiche.

hanno profondamente colpito l'opinione pubblica mondiale, inducendo i governi ad istituire, nel quadro delle organizzazioni internazionali, organi permanenti in grado di studiare il fenomeno dei cambiamenti climatici e predisporre le misure più idonee a contrastarne gli effetti nocivi³⁸⁸.

Con il termine 'cambiamento climatico' si suole descrivere ogni cambiamento del clima nel tempo che sia, direttamente o indirettamente, attribuibile all'attività umana e/o alla variabilità naturale, tale da comportare una variazione della composizione dell'atmosfera globale.

La prima istituzione internazionale deputata a combattere i cambiamenti climatici è stata l'Intergovernmental Panel on Climate Change (di seguito, IPCC) creata nel 1988, in seno alla World Meteorological Organization (WMO) ed allo United Nations Environment Programme (Unep). Lo scopo dell' IPCC è quello di valutare le informazioni tecniche e socio-economiche necessarie per comprendere le basi scientifiche del rischio sui mutamenti climatici indotti dall'uomo, i loro potenziali impatti e le opzioni di adattamento e mitigazione³⁸⁹. L'IPCC non svolge attività di ricerca, ma fonda le sue valutazioni sulla letteratura di settore raccogliendo, attraverso il meccanismo della *peer review*, tutti gli articoli scientifici pubblicati ogni anno in materia di cambiamenti climatici. L'IPCC non ha dunque l'obiettivo di produrre ulteriori dati scientifici, ma ha la funzione di 'fotografare' lo stato dell'arte sulle pubblicazioni scientifiche esistenti in materia, attraverso la pubblicazione annuale di un Panel³⁹⁰.

I dati raccolti nel Panel sono dunque la base scientifica di partenza che fonda i motivi per preoccuparsi (*reasons for concern*) sui tassi e sui livelli dei cambiamenti climatici. Sulla base dei dati analizzati, vengono stilate alcune raccomandazioni allo scopo di aiutare i decisori politici ad elaborare le risposte più appropriate ai rischi dei cambiamenti climatici. La redazione del quadro di sintesi per i decisori politici si declina in un insieme di misure di adattamento e

³⁸⁸ Per un approfondimento del tema relativo ai cambiamenti climatici nella prospettiva del diritto internazionale si rinvia a T. TREVES, 'Non-compliance procedures and mechanisms and the effectiveness of international environmental agreements', T.M.C. Asser press, 2009; W. TH. DOUMA, L. MASSAI, M. MONTINI (a cura di) 'The Kyoto protocol and beyond : legal and policy challenges of climate change' T.M.C. Asser press, 2007; E. A. PAGE, 'Climate change, justice and future generations', E. Elgar eds., 2006.

³⁸⁹ Dal punto di vista istituzionale, i membri dell'IPCC lavorano in tre sottogruppi: il primo (WPI) si occupa di valutare il nesso eziologico tra le attività antropiche ed il fenomeno del riscaldamento globale, mentre gli altri due sottogruppi (WP II e WP III) hanno il compito di redigere il quadro di sintesi per i decisori politici.

³⁹⁰ L'ultimo rapporto dell'IPCC (4th Report) si basa su una produzione scientifica pari a 29000 serie di dati osservati, provenienti da 75 studi, il cui 89% mostra che un cambiamento significativo nei sistemi fisici e biologici è 'consistente' con la direzione dei cambiamenti previsti come effetto del riscaldamento globale. Sul punto si rinvia a M. L. PARRY (a cura di), 'Summary for Policymakers' in 'Climate change 2007: Impacts, Adaptation and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change', Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 7-22.

di mitigazione idonee a diminuire i rischi associati ai cambiamenti climatici. Per capacità di *adattamento* s' intende l'abilità di un sistema di modificarsi in modo compatibile con i cambiamenti climatici al fine di ridurre i potenziali danni, sfruttarne le potenzialità o far fronte alle relative conseguenze. Il termine *mitigazione* indica la capacità di intervento delle attività umane nella riduzione dei rischi associati ai cambiamenti climatici³⁹¹.

È stato proprio in esito all'adozione del primo Panel dell'IPCC nel 1990 che i governi nazionali hanno avviato un negoziato internazionale conclusosi, a margine del Summit di Rio del 1992, con la firma della Convenzione Quadro sui Cambiamenti climatici (in seguito, la Convenzione quadro), entrata in vigore il 21 Marzo 1994. Lo scopo della Convenzione quadro è quello di stabilizzare le concentrazioni di gas a effetto serra nell'atmosfera a un livello tale da escludere qualsiasi pericolosa interferenza delle attività umane sul sistema climatico. La Convenzione quadro, attraverso le conferenze delle Parti (COP), ha istituito uno strumento giuridico di diritto internazionale in grado di analizzare l'impatto dei gas serra sul fenomeno del riscaldamento globale ed elaborare sistemi di riduzione delle emissioni inquinanti.

Com'è noto, durante la terza conferenza delle Parti (COP 3), tenutasi in Giappone, è stato firmato nel 1997 il 'Protocollo di Kyoto', successivamente entrato in vigore (solo) nel 2004 a seguito della ratifica da parte della Russia³⁹². Il Protocollo di Kyoto è il primo trattato internazionale multilaterale che ha stabilito a livello globale l'obiettivo di una riduzione del 5% di una serie di gas inquinanti rispetto al 1990³⁹³. Le principali novità del Protocollo di Kyoto consistono nell'aver affiancato, accanto ai principi classici del diritto internazionale dell'ambiente, quali il principio dello sviluppo sostenibile, il principio chi inquina paga ed il principio di precauzione, altri due nuovi

³⁹¹ Ai fini della nostra analisi, le misure di mitigazione assumono particolare rilievo perché sono finalizzate alla riduzione dei costi complessivi dovuti al riscaldamento globale e dei rischi di verificazione dei disastri ambientali. Tali misure costituiscono le raccomandazioni che si rivolgono direttamente ai governi nazionali, ovvero alle organizzazioni internazionali, affinché adottino politiche nazionali in materia di ambiente, energia, turismo e trasporti, che tengano conto della gestione del rischio relativo ai cambiamenti climatici.

³⁹² Sono stati dunque necessari sette anni dalla firma ed altre cinque conferenze delle Parti prima che il Protocollo di Kyoto potesse entrare in vigore; in riferimento alle procedure di ratifica, il Protocollo di Kyoto prevedeva che la sua entrata in vigore fosse condizionata al raggiungimento di un doppio *quorum*: una soglia quantitativa, per cui occorre la ratifica di almeno 55 Parti contraenti (più di 160 Stati fanno parte della 'famiglia di Kyoto'), ed una soglia qualitativa per cui i Paesi che lo avevano ratificato dovevano rappresentare almeno il 55% delle emissioni prodotte nel 1990.

³⁹³ L'individuazione dell'anno di riferimento, rispetto al quale parametrare gli obiettivi di riduzione delle emissioni, è stato uno dei passaggi più controversi del negoziato internazionale che ha portato alla definizione del Protocollo di Kyoto. La scelta del 1990 come anno base di riferimento è stata fatta sia per motivi di ordine scientifico, che per motivi di ordine politico, in modo che la Russia non fosse destinataria di obblighi di riduzioni.

principi: il principio delle *responsabilità condivise ma differenziate* ed il principio di *economicità* della tutela ambientale.

Gli strumenti di mercato istituiti dal Protocollo di Kyoto per fronteggiare la sfida dei cambiamenti climatici hanno profondamente modificato le politiche ambientali: essi segnano il passaggio dall'ideologia ambientalista, basata su presupposti etici, ad un pragmatismo ambientalista, fondato su presupposti di *law and economics*.

Il principio della responsabilità condivisa ma differenziata³⁹⁴ risponde ad una fondamentale esigenza di equità, invero, particolarmente sentita dai Paesi in via di sviluppo: tali Paesi hanno condizionato il loro impegno nella riduzione delle quote di anidride carbonica al riconoscimento del maggior ruolo svolto dalle economie industriali nell'inquinamento attuale. In base al principio della responsabilità condivisa ma differenziata, l'impegno di tutela ambientale deve essere ponderato rispetto alle reali capacità di sviluppo di ogni singolo Stato, al fine di evitare che gli impegni di riduzione dei gas inquinanti non si trasformassero in un cappio al collo per le economie dei Paesi emergenti. A ben vedere, il principio della responsabilità condivisa presuppone il riconoscimento dell'*interdipendenza* economica e sociale, quale portato ultimo della globalizzazione economica: esso contiene la presa d'atto, da parte di tutti i governi, che il problema del riscaldamento globale è un problema di portata mondiale su cui l'intera comunità internazionale è chiamata ad agire ed assumersi la propria responsabilità. Tuttavia, la responsabilità differenziata individua, negli Stati che hanno contribuito maggiormente nel passato alla produzione di emissioni inquinanti, coloro che *per primi e per la parte maggiore* sono chiamati a farsi carico dell'impegno di ridurre le emissioni inquinanti. In conformità a tale principio, sono stati inclusi nell'Allegato I del protocollo di Kyoto un elenco contenente gli Stati più avanzati che sono stati ritenuti maggiormente responsabili dell'inquinamento atmosferico³⁹⁵. Il secondo principio innovativo sul quale si basano gli strumenti di mercato previsti dal Protocollo di Kyoto è quello dell'*economicità* della tutela ambientale: in base a tale principio gli Stati, pur dovendo raggiungere ciascuno la propria soglia di riduzione, sono liberi di scegliere tra i meccanismi flessibili di mercato istituiti dal trattato e dunque potranno scegliere di ridurre le emissioni nel modo e nel luogo che risulterà per loro economicamente più conveniente. In conformità a tale principio, ai tradizionali meccanismi di tutela dell'ambiente di tipo '*command and control*', in cui il legislatore predetermina un obbligo uniforme

³⁹⁴ Su tale principio si rinvia a MARCHISIO, *La responsabilità comune ma differenziata degli Stati nella promozione dello sviluppo sostenibile*, in *Ann. Ferrara*, sez. V., Saggi II, Ferrara 1995, p. 49 e ss.; F. MUNARI, '*Tutela internazionale dell'ambiente*', *cit.*, p. 422 e ss.; X. HANQUIN, '*Transboundary damage in international law*' Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

³⁹⁵ Sono ricompresi nell'allegato I, tra gli altri, tutti i Paesi dell'Unione Europea, il Giappone e gli Stati Uniti d'America; è interessante notare come, al momento della firma del Protocollo di Kyoto, non facessero parte dell'allegato I Paesi come la Cina, l'India ed il Brasile.

di tutela ambientale e prevede l'erogazione di sanzioni per gli eventuali inadempimenti, il protocollo di Kyoto ha sostituito un sistema di tipo 'cap-and-trade'. Tale sistema prevede la fissazione *ex ante* di un tetto massimo di permessi di emissione (CAP), la cui soglia viene mantenuta invariata per tutto il periodo di riferimento, in modo da indurre gli operatori di mercato a scegliere il sistema di riduzione più conveniente sotto il profilo economico, optando per il mantenimento delle quote in proprio possesso, ovvero per il commercio dei permessi sul mercato delle quote (TRADE). Rinviamo alla copiosa letteratura giuridica³⁹⁶ per la descrizione dei principali strumenti flessibili istituiti dal Protocollo di Kyoto, in questa sede ci si limiterà ad analizzare l'attuazione che gli obblighi internazionali hanno ricevuto sul piano del diritto dell'Unione, mettendo in rilievo le analogie e le differenze che esistono tra i diversi livelli normativi e tenendo conto, in una prospettiva *de iure condendo*, del vasto processo di riforma che interessa la revisione della normativa sui cambiamenti climatici sia in sede internazionale che europea.

5. Il diritto europeo sui cambiamenti climatici: la direttiva 2003/87/CE

L'Unione europea ha cercato di assumere un ruolo importante nella lotta ai cambiamenti climatici: questa scelta politica è stata evidente, sia nella fase di formazione dei negoziati che hanno portato alla firma del Protocollo di Kyoto, sia successivamente nella fase di ratifica in cui l'Unione si è impegnata a 'salvare Kyoto', nonostante il cambio di orientamento dell'amministrazione americana³⁹⁷.

Durante la fase dei negoziati internazionali la Commissione, ai sensi dell'articolo 300 CE (ora art. 218 TFUE), ha portato avanti la posizione comune degli Stati membri sulla base di un accordo interno (*Burden Sharing*

³⁹⁶ Vedi R. VERHEYEN, 'Climate change damage and international law : prevention duties and state responsibility', Leiden, Martinus Nijhoff, 2005; F. YAMIN, J. DEPLEDGE 'The international climate change regime : a guide to rules institutions and procedures', Cambridge University Press, Cambridge, 2004; M. FAURE, J. GUPTA, A. NENTJES (a cura di) 'Climate change and the Kyoto protocol : the role of institutions and instruments to control global change', Edward Elgar eds., 2003; U. LUTERBACHER, D. F. SPRINZ (a cura di), 'International relations and global climate change' MIT press, Cambridge, 2001; D. BRACK, M. GRUBB, C. WINDRAM, 'International trade and climate change policies', Royal Institute of International Affairs, Earthscan, Londra, 2000; C. CARRARO (a cura di) 'International environmental agreements on climate change' Kluwer, 1999.

³⁹⁷ Com'è noto, il rifiuto opposto dall'amministrazione americana alla ratifica del Protocollo di Kyoto è stato formalizzato dal Presidente americano J. W. Bush nel marzo del 2001; il cambio di orientamento dell'amministrazione americana che aveva firmato, ma aveva poi deciso di non ratificare il protocollo di Kyoto, è stato giustificato, tra gli altri motivi, dal fatto che i costi a carico delle imprese e dei contribuenti americani sono stati giudicati politicamente non sostenibili ed ecologicamente non efficienti. L'esclusione degli Stati Uniti dall'ambito di applicazione del sistema dello scambio di quote di emissione può sembrare *paradossale* se si pensa che sono stati proprio gli americani ad inventare il primo sistema di negoziazione dei permessi di inquinamento, l'*Acid Rain Program* del 1990, in materia di riduzione di biossido di zolfo.

Agreement) siglato nel giugno del 1998. L'accordo di ripartizione degli impegni di riduzione ha previsto la possibilità di assumere, sul piano degli impegni internazionali come Comunità europea (ora Unione), un obiettivo comune di riduzione dell'8% delle emissioni inquinanti rispetto al 1990, mentre ha lasciato che ciascuno Stato membro si assumesse, sul piano interno rispetto alla Comunità, un proprio obiettivo nazionale di riduzione (c.d. *European Emission Bubble*)³⁹⁸.

Successivamente, nelle more della procedura di ratifica del Protocollo di Kyoto, l'Unione aveva confermato la propria volontà di porsi come leadership mondiale nella lotta ai cambiamenti climatici, decidendo di adempiere unilateralmente agli impegni di riduzione delle emissioni inquinanti, attraverso l'adozione della Direttiva 2003/87/CE (d'ora in poi, 'Direttiva ETS')³⁹⁹.

Con la Direttiva ETS, attuativa del meccanismo di Kyoto dello scambio delle quote di emissione, e con la successiva direttiva 2004/101/CE (nel prosieguo, 'Direttiva linking')⁴⁰⁰, attuativa degli altri due strumenti flessibili di Kyoto, i meccanismi di sviluppo pulito (C.D.M.) e gli accordi congiunti (J.I.), l'Unione europea ha istituito il mercato interno delle quote di emissione. In effetti, la naturale conseguenza della scelta politica di adempiere unilateralmente agli impegni internazionali stabiliti dal Protocollo di Kyoto, a prescindere dall'entrata in vigore del trattato stesso, non poteva che comportare sul piano giuridico, una trasposizione a livello europeo degli impegni di riduzione delle emissioni inquinanti. La creazione di un mercato interno delle quote diveniva un'opzione necessaria, sia dal punto di vista economico, considerando la riduzione dei costi amministrativi⁴⁰¹ rispetto ad un'attuazione degli impegni

³⁹⁸ L'accordo di ripartizione degli obiettivi di riduzione si fonda al contempo sul principio di equità, per cui ciascuno Stato membro è chiamato a contribuire all'impegno di riduzione delle emissioni inquinanti in funzione del proprio PIL e del proprio contesto economico e sociale, e sul principio di solidarietà poiché gli Stati membri si impegnano nello sforzo condiviso di contribuire alla lotta dei cambiamenti climatici attraverso uno sviluppo economico sostenibile. In conformità a tale accordo, l'Unione Europea ha assunto, in sede di adesione al protocollo di Kyoto, l'impegno di ridurre le emissioni inquinanti entro il 2012 nella misura dell'8% rispetto al 1990. Per l'Italia l'obiettivo di riduzione delle emissioni inquinanti è stato fissato nella misura del 6,5% rispetto al 1990.

³⁹⁹ Direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 Ottobre 2003 che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissione dei gas a effetto serra nella Comunità, del 25.10.2003, pubblicata in GU L 275/32.

⁴⁰⁰ Direttiva 2004/101/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 ottobre 2004 recante modifica della direttiva 2003/87/CE che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità, riguardo ai meccanismi di progetto del Protocollo di Kyoto, del 13.11.2004, pubblicata in GU L 338/18.

Per un'analisi più approfondita si rinvia a V. JACOMETTI, 'La direttiva Linking: il collegamento fra il sistema comunitario di scambio di quote di emissioni e i meccanismi flessibili del protocollo di Kyoto', in *Riv. giur. amb.*, 2005, p. 43 ss.

⁴⁰¹ Come emerge dalla valutazione economica elaborata dalla Commissione europea ed allegata alla proposta di direttiva ETS COM (2001) 581 del 23.01.2001, l'adozione di un sistema

internazionali realizzati a livello dei singoli Stati membri, sia dal punto di vista regolamentare, per evitare le inevitabili distorsioni della concorrenza, causate dall'istituzioni di 27 mercati nazionali di quote di emissione.

Per tali motivi, la normativa europea sul commercio dei permessi di emissione è stata concepita, quanto più possibile, in linea con l'impianto logico-economico che sorreggeva i meccanismi di flessibilità stabiliti dal trattato internazionale.

La normativa europea sul commercio delle quote di emissione è stata al centro di un vivace dibattito in cui la dottrina, pur segnalando le novità introdotte dalla direttiva ETS,⁴⁰² non ha esitato ad avanzare dubbi e perplessità sull'impianto normativo da essa originata⁴⁰³.

Prima di avanzare valutazioni critiche sulla complessa architettura della direttiva ETS può essere utile passarne in rassegna gli istituti principali, sottolineandone le analogie e le differenze rispetto all'impianto normativo previsto dal Protocollo di Kyoto.

Invero, la Direttiva ETS, pur essendo stata concepita allo scopo di attuare unilateralmente gli impegni assunti nell'ambito di Kyoto, si discosta dalla disciplina internazionale sotto alcuni aspetti, apportando strumenti innovativi alla lotta ai cambiamenti climatici.

Innanzitutto, la normativa europea si fonda su un sistema aperto e circolare: è aperto perché può essere ulteriormente sviluppato, attraverso successivi collegamenti con altri schemi di riduzione delle emissioni inquinanti. È circolare perché mentre il protocollo di Kyoto è concepito in termini verticali, avendo come destinatari degli obblighi vincolanti di riduzione delle quote gli Stati che lo hanno ratificato, la normativa europea associa ad una dimensione verticale, dagli Stati membri all'Unione e da questa alla comunità internazionale, anche una dimensione orizzontale, rivolgendosi ad operatori privati e alle imprese e consentendo la libera circolazione delle quote tra privati ed enti pubblici⁴⁰⁴.

comunitario di scambio delle quote determina un abbattimento di 1.3 bilioni di euro, pari ad un terzo dei costi complessivi necessari ad adempiere gli obblighi derivanti dal Protocollo di Kyoto.

⁴⁰² B. POZZO (a cura di), *La nuova direttiva sullo scambio di quote di emissioni. La prima attuazione europea dei meccanismi flessibili del protocollo di Kyoto*, Giuffrè, Milano, 2003; C. LEONARDI, 'Le emissioni di gas a effetto serra nelle politiche delle Nazioni Unite e della CE', in *Riv. giur. amb.*, 2005, p. 7 e ss.

⁴⁰³ In questo senso v. G. BELOTTI, F. BELLO, 'Il nuovo sistema comunitario per il commercio di quote di CO₂ (ù ben s'impingua se non si vaneggia)', in *Diritto Comunitario degli Scambi Internazionali*, 3/06, pp. 595-607; V. JACOMETTI, 'La direttiva Emissions Trading e la sua attuazione in Italia: alcune osservazioni critiche al termine della prima fase' in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2/08, pp. 273-289; E. CICIGOI, P. FABBRI, *Mercato delle emissioni ad effetto serra*, Il Mulino, Bologna, 2007; M. CLARICH, 'La tutela ambientale attraverso il mercato', in *Diritto pubblico*, 1/07, p. 219 e ss.

⁴⁰⁴ Dalla prospettiva internazionale dell'adempimento degli obblighi di riduzione delle quote assunti con il Protocollo di Kyoto, il trasferimento di quote di emissione tra imprese situate in diversi Stati membri, comporta una variazione del totale di emessi disponibili dallo Stato membro dell'impresa cedente allo Stato membro dov'è situata l'impresa acquirente. Per un'analisi della

L'inclusione dei privati nel mercato delle quote di emissione trae tra la sua ragion d'essere dalla volontà di convogliare un'enorme mole di investimenti nella transizione energetica verso sistemi a bassa emissione di carbonio. Il coinvolgimento delle imprese nasce anche dalla constatazione che queste siano in grado conoscere i propri costi aziendali e le proprie emissioni in modo più preciso rispetto a qualsiasi stima economica elaborata a livello centrale dai singoli governi nazionali. La circolarità presente nella direttiva ETS consente di fare un ulteriore passo in avanti rispetto al principio di economicità della tutela ambientale enunciato nel Protocollo di Kyoto: la disciplina europea affida direttamente alle imprese la gestione della esternalità negativa rappresentata dall'inquinamento e le costringe a tener conto della variabile ambientale nei costi di produzione aziendale. Il disvalore delle emissioni inquinanti viene dunque misurato in termini di costo/opportunità, affinché le imprese siano incentivate a ritenere economicamente più conveniente orientare il proprio ciclo produttivo verso criteri di sostenibilità, piuttosto che risultare destinatarie del meccanismo sanzionatorio previsto dalla normativa europea che impone una sanzione pecuniaria ed un obbligo legale di acquisto delle quote non restituite. Diversamente dal Protocollo di Kyoto, la normativa europea sullo scambio (*rectius*: commercio) delle quote di emissione, deve dunque essere analizzata tenendo conto, sia delle implicazioni che comporta dal lato degli Stati, sia di quelle che determina dal lato delle imprese.

Dal punto di vista degli Stati membri, la direttiva ETS impone a ciascuno Stato di raggiungere l'obiettivo nazionale di riduzione, fissato nell'accordo sulla ripartizione dell'onere di riduzione delle quote, entro il 2012. A decorrere dal 1 gennaio 2005, gli Stati membri decidono in merito al rilascio di un'autorizzazione rivolta alle imprese destinatarie della direttiva ETS (circa 11.000 impianti industriali) per l'esercizio della loro attività di impresa. La Commissione europea è chiamata ad approvare ogni anno l'allocatione di un tetto massimo di quote di emissione (CAP), elaborato a livello statale in un piano nazionale di assegnazione (PNA). In esito al procedimento di approvazione dei piani nazionali, gli Stati membri emanano una decisione di assegnazione delle quote ai singoli impianti industriali presenti nel proprio territorio nazionale, legittimandoli ad immettere nell'atmosfera tante tonnellate di Co2 quante sono le quote assegnate.

Lo Stato che non risulta in linea con la traiettoria indicativa per il raggiungimento del proprio obiettivo di riduzione viene sanzionato con l'esclusione dalla possibilità di operare nel mercato interno delle quote e con la

direttiva ETS rispetto alla luce degli impegni internazionali assunti con il Protocollo di Kyoto si rinvia a J. DELBEKE (a cura di) *'EU Environmental Law : The EU Greenhouse Gas Emissions Trading Scheme'*, vol. IV, in C. W. JONES (a cura di) *'EU energy law'*, Claeys & Casteels, Leuven, 2006.

procedura prevista in caso di infrazione per inadempimento degli obblighi comunitari, ai sensi degli articoli 258 e 260 TFUE.

Dal punto di vista delle persone fisiche e giuridiche, a partire dalla data di entrata in vigore della direttiva 2003/87/CE, le imprese che ricadono nell'ambito di applicazione della normativa⁴⁰⁵ sono interdette dallo svolgimento dell'attività di produzione industriale, se non vengono munite dell'autorizzazione all'immissione di Co2 da parte delle amministrazioni nazionali competenti. In virtù della decisione di assegnazione nazionale delle quote, le imprese si assumono l'obbligo di restituire alla scadenza dell'anno di riferimento (30 aprile) lo stesso numero di quote assegnate. Come si è detto, la normativa europea impone alle imprese assegnatarie di quote l'obbligo di restituzione delle stesse: in tal modo, una tipica esternalità negativa, come l'emissioni di anidride carbonica, viene introdotta nella *governance* aziendale. In conformità al principio dell'economicità della tutela ambientale, le imprese destinatarie del sistema ETS possono scegliere di adottare un atteggiamento virtuoso, conservando un *surplus* di quote attraverso l'impiego di fonti rinnovabili nel processo di produzione industriale, ovvero attraverso la partecipazione a progetti congiunti (JI) con altri Stati membri o con Paesi terzi (C.D.M.) per il trasferimento di tecnologia verde. L'atteggiamento virtuoso viene premiato attraverso il conferimento di un diritto di vendere le quote eccedenti sul mercato ovvero, a partire dal secondo periodo di riferimento (2008-2012), con la possibilità di accantonare le quote in eccesso per poterle utilizzare nel periodo successivo⁴⁰⁶. All'inverso, le imprese che scelgono deliberatamente di essere inadempienti rispetto all'obbligo di restituzione del *tantundem*, in tanto in quanto abbiano deciso di utilizzare una quantità di quote superiori rispetto a quelle assegnate, risultano vincolate alla restituzione del valore delle quote mancanti attraverso un obbligo di acquisto presso il mercato delle quote, cui si deve aggiungere una sanzione pecuniaria pari a 100 euro per ogni tonnellata di Co2 eccedente rispetto alle quote disponibili.

La descrizione della complessa architettura del sistema delle quote, non può esimere l'interprete dal porsi alcune questioni interpretative sulla incerta natura giuridica degli istituti introdotti *ex novo* dalla direttiva ETS, con particolare riferimento alla qualificazione giuridica da attribuire alle quote di emissione, ai meccanismi flessibili, all'autorizzazione ed alla decisione di assegnazione.

⁴⁰⁵ Ai sensi dell'allegato I della direttiva ETS sono destinatarie degli obblighi previsti dalla normativa comunitaria le imprese energetiche con un impianto di combustione superiore ai 20 MW, gli impianti di produzione e trasformazione di materiali ferrosi, le industrie dei prodotti minerali, gli impianti industriali destinati alla fabbricazione di pasta per carta a partire dal legno con una capacità di produzione superiore a 20 tonnellate al giorno.

⁴⁰⁶ Ai sensi dell'articolo 13, par. 3, della direttiva ETS, a partire dal 2008 è consentito il deposito delle quote e gli Stati membri sono obbligati a rilasciare un numero di nuove quote di emissione equivalenti alle quote conservate dal titolare nel periodo precedente.

5.1. L'incerta natura giuridica delle quote di emissione

Prima dell'entrata in vigore della direttiva ETS, le quote di emissioni erano uno strumento sconosciuto sia all'ordinamento dell'Unione che agli ordinamenti nazionali, salvo il caso della Gran Bretagna. Si poneva dunque un problema interpretativo in merito al possibile inserimento delle quote in una delle categorie giuridiche tradizionali, ovvero all'opportunità di elaborarne una nuova per inquadrare meglio l'originalità del nuovo strumento.

Preliminarmente al tema della qualificazione giuridica, serve però risolvere una questione terminologica, sgombrando il campo da possibili fraintendimenti: si potrebbe infatti sostenere che la normativa europea, attraverso la creazione di un nuovo bene giuridico, abbia ingenerato un '*diritto*' di inquinare⁴⁰⁷. L'utilizzo del termine diritto appare, invero, improprio perché ingenera il rischio di confondere il bene tutelato con il bene normativamente individuato come strumento di tutela; in altre parole, il pericolo è quello di scambiare l'indisponibilità del bene-scopo, l'atmosfera, intimamente percepito come bene comune, per la disponibilità del bene-strumento, ossia la quota di emissione. Per tale motivo, sembra più appropriato utilizzare la nozione di '*permesso*', inteso come titolarità a disporre del un nuovo bene giuridico, rappresentato dalla quota di emissione.

La quota di emissione, in quanto bene di genere, non è soggetta a perimento, poiché, in virtù di una relazione sinallagmatica che si instaura tra lo Stato e l'impresa, il diritto di disposizione della quota di emissione ha come corrispettivo l'obbligo di restituzione del *tantundem eujdem generis* e in mancanza di quote nel conto deposito, l'impresa è obbligata ad acquistarle sul mercato.

Così risolta la possibile confusione sul piano terminologico, resta da chiarire la questione relativa alla natura giuridica del bene-quota. Al riguardo, si possono elaborare più opzioni ermeneutiche: si possono equiparare le quote agli strumenti finanziari (*futures* o derivati), si possono inquadrare sotto la categoria dei beni di matrice pubblica, oppure si possono considerare come delle misure fiscali⁴⁰⁸.

Invero, è necessario partire proprio da quest'ultima ipotesi perché una eventuale equiparazione delle quote di emissione alle tasse sarebbe dirimente rispetto alla validità dell'intera direttiva, in quanto i giudici sarebbero chiamati a travolgerne gli effetti, in sede di giudizio di annullamento per violazione dell'articolo 263

⁴⁰⁷ È interessante notare come la versione inglese della direttiva 2003/87/CE non usi mai il termine '*right*' ma quello di '*allowance*', mentre la traduzione italiana della direttiva ed il d.lgs. 216/06 di attuazione, facciano riferimento alla quota come diritto di emissione. L'utilizzo della parola '*permesso*' di inquinamento nel testo ufficiale della direttiva sembra essere concepita allo scopo di non urtare la sensibilità della società civile.

⁴⁰⁸ V. ESPOSITO DE FALCO, '*La Direttiva emissions trading : nuovo strumento impositivo di tutela dell'ambiente*', 2005.

TFUE, *sub* ipotesi di errata base giuridica. Se infatti il permesso di disporre di una quota di emissione fosse considerato come una misura fiscale, allora la base giuridica per l'adozione della direttiva non sarebbe potuta essere l'articolo 174 CE (ora art. 191 TFUE), bensì l'articolo 175, par. 2, CE (ora art. 192, par. 2, TFUE) che impone il voto all'unanimità in Consiglio per le disposizioni aventi principalmente natura fiscale⁴⁰⁹. Vi sono più motivi che portano a ritenere che sussista una diversità strutturale tra un permesso di emissione ed una tasse sebbene si debba ammettere che, ai fini degli effetti pratici, entrambi gli strumenti possano giungere, in taluni casi, a risultati analoghi. Da un punto di vista strutturale, nelle tasse il costo delle emissioni è fisso, mentre il risultato ambientale è, per definizione, incerto ed il mezzo risulta vincolato, nel senso che le imprese per raggiungere lo scopo ambientale sono costrette a contrarre l'attività industriale. Diversamente, nei permessi di emissione il risultato ambientale è, per definizione, certo in quanto cristallizzato nel CAP, il prezzo è indeterminato, perché dipende dal mercato ed il mezzo è libero, in quanto le imprese possono scegliere il modo per loro economicamente più opportuno per raggiungere gli obiettivi vincolanti di riduzione, a seconda che intendano le quote come un costo, ovvero come un'opportunità di sviluppo⁴¹⁰.

Con riferimento al tema della natura giuridica delle quote di emissioni, sembra preferibile la tesi che le riconduce alla categoria dei beni di matrice pubblica⁴¹¹. La categoria dei beni pubblici si caratterizza per la compresenza di un elemento soggettivo, la disponibilità in capo ai pubblici poteri, ed un elemento oggettivo, il godimento degli stessi da parte dell'intera collettività. In effetti, le quote di emissione di anidride carbonica risultano sottoposte al controllo degli Stati membri e mirano ad assicurare la salubrità dell'aria di cui fruisce l'intera collettività. Attraverso il meccanismo delle quote di emissione, lo Stato si riserva il monitoraggio ed il controllo della qualità dell'aria, delegando la gestione delle quote ad un numero limitato di imprese che esercitano attività industriali che hanno un elevato impatto sull'inquinamento atmosferico. La cessione del potere di gestione delle quote di emissione, dallo Stato alle imprese, viene controbilanciata dal mantenimento, in capo ai pubblici poteri, dell'attività di controllo ed, eventualmente, dell'esercizio del potere sanzionatorio in caso di mancata restituzione delle quote assegnate. La finalità sociale al pacifico godimento della salubrità dell'aria ed il riconoscimento

⁴⁰⁹ In merito ad ulteriori dubbi di legittimità della direttiva ETS per violazione dell'articolo 175, para. 2, che prescrive il voto all'unanimità in Consiglio per le misure aventi una sensibile incidenza sulla scelta di uno Stato tra diverse fonti di energia e sulla struttura generale dell'approvvigionamento energetico v. *infra* para. 4.2.

⁴¹⁰ In materia si rinvia a M. VILLA (a cura di), *I meccanismi flessibili del protocollo di Kyoto: opportunità e prospettive per le imprese italiane*, Hoepli, Milano, 2006; J. JANSSEN, 'Meccanismi di Kyoto: opportunità e ostacoli per le imprese', in *Energia*, 1/01, pp. 54-64.

⁴¹¹ Per una ricostruzione dei beni di matrice pubblica si rinvia a CICIGOI, FABBRI, *'Mercato delle emissioni ad effetto serra'*, cit., pp. 31-35.

dell'impossibilità di gestire l'inquinamento a livello centrale sono le ragioni che hanno spinto il legislatore europeo ad istituire il mercato delle quote di emissioni. La novità introdotta dal sistema ETS è stata quella di attribuire al bene-quota una rilevanza in termini di bene giuridico, ovvero determinare la suscettibilità del bene ad avere una valutazione economico-sociale ed a formare oggetto di negozi giuridici. Una delle modalità tipiche di negoziazione delle quote di emissione è infatti la compravendita di quote: l'acquisto di quote prevede il trasferimento della disponibilità delle stesse da un soggetto ad un altro soggetto, non necessariamente un'impresa, visto che il sistema del commercio di quote è aperto anche alle singole persone fisiche. Dunque non il bene-quota in sé e per sé, ma uno dei possibili negozi giuridici che hanno ad oggetto la quota, la compravendita di quote di emissione nel mercato della 'Borsa dei fumi', riveste i caratteri della negoziazione di strumenti finanziari, equiparabili ai *futures* ed ai derivati, in cui il valore economico della quota dipende dall'andamento degli indici di mercato.

Certo, l'idea che le emissioni di anidride carbonica possano formare oggetto di negozi giuridici può contrastare con il senso comune di giustizia; tuttavia, il riconoscimento del valore strumentale delle quote rispetto alla salvaguardia della salubrità dell'aria dovrebbe spostare l'attenzione dal piano della teorizzazione concettuale dello strumento, al piano della verifica rispetto alla sua concreta attuazione. In altre parole, se il sistema ETS ha determinato effetti sperequativi, ciò non dipende tanto dal fatto che il legislatore europeo abbia reso disponibile sul mercato un bene di matrice pubblica, quanto dalla diversa attuazione che la direttiva ha avuto negli ordinamenti giuridici nazionali e, più in particolare, dall'attività di autorizzazione ed assegnazione delle quote che gli Stati membri hanno deciso di attribuire alle singole imprese nazionali.

Infatti, come si è già detto, le imprese divengono esclusive titolari del godimento del bene-quota, in virtù di una preventiva autorizzazione, rilasciata dall'autorità nazionale competente, e di una successiva decisione di assegnazione, adottata sulla base di un piano nazionale di assegnazione.

Anche i provvedimenti di autorizzazione e di assegnazione si prestano peraltro ad alcuni spunti di riflessione. In dottrina, vi è chi⁴¹² ha sollevato dubbi circa la natura giuridica di tale autorizzazione, sostenendo che l'atto in questione rivesta più i caratteri della concessione che dell'autorizzazione in senso tecnico. Secondo tale orientamento, l'impresa destinataria del provvedimento amministrativo diventa titolare di un diritto che non preesisteva nella sua sfera giuridica, ma che costituisce un *quid novi* nella sua sfera giuridica; ciò risulterebbe incompatibile con la nozione di autorizzazione, la quale invece presuppone l'esistenza di un diritto ed ha lo scopo di rimuovere un impedimento all'esercizio dello stesso. Ora, a tale riguardo è indubitabile che l'indagine sulla natura giuridica di un atto possa andare al di là del *nomen iuris*

⁴¹² In questo senso, CICIGOI, FABBRI, 'Mercato delle emissioni ad effetto serra', cit., pp. 56-61.

della norma anche se la stessa qualifica espressamente il provvedimento come ‘autorizzazione’⁴¹³. Ciò risulta conforme ad un costante orientamento della Corte di Giustizia che afferma come la qualificazione giuridica di un atto debba tener conto più della sostanza che della forma dello stesso. Tuttavia, in questo caso la qualificazione giuridica dell’atto non sembra possa essere rimessa in discussione; il provvedimento controverso può agevolmente rientrare dentro la categoria dell’autorizzazione (come prescrive la legislazione europea, opportunamente ripresa dalla normativa nazionale) perché si tratta effettivamente di un atto che mira a rimuovere un ostacolo all’esercizio dell’attività industriale consentendo alle imprese destinatarie l’emissione di anidride carbonica ed anzi prevedendo che l’esercizio dell’attività di impresa non possa avvenire senza la prescritta autorizzazione, pena la chiusura dell’impianto. Quanto al fatto che la normativa abbia attribuito un elemento nuovo nella sfera giuridica del privato, in realtà non sembra si possa dubitare che il diritto fosse preesistente rispetto alla normativa, tant’è vero che le imprese potevano esercitare la loro attività industriale anche prima dell’adozione della normativa. Come si è già avuto modo di sottolineare, l’attribuzione ai privati della titolarità sulle quote di emissione, riflette invece il trasferimento della delega di *gestione* sulle quote, dallo Stato alle imprese, per la tutela della finalità pubblica al godimento della qualità dell’atmosfera. Non è allora l’autorizzazione ad emettere, ma la decisione di assegnazione sulle quote di emissione che può rivestire i caratteri della concessione. Invero, la decisione di assegnazione che viene rilasciata successivamente rispetto all’autorizzazione ed all’elaborazione dei PNA sembra avere la natura della concessione: peraltro, questo atto presenta numerose analogie con il provvedimento di assegnazione delle frequenze nell’etere, recentemente qualificato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale come un atto di natura concessoria⁴¹⁴.

5.2 La normativa italiana di attuazione

La normativa italiana di attuazione della direttiva ETS è stato il punto di arrivo di un percorso al contempo tortuoso e travagliato. Probabilmente, la trasposizione della normativa europea nel nostro ordinamento ha risentito dello scetticismo con il quale il governo italiano aveva accolto il sistema delle quote di emissione.

⁴¹³ Ai sensi dell’art. 4 della direttiva ETS, pedissequamente ripresa dall’art. 4 del d.lgs. 216/06.

⁴¹⁴ Come *aliunde* è stato già più volte sottolineato (*cf.* cap. II sez. I), l’evoluzione della disciplina del mercato delle telecomunicazione può venire di nuovo in soccorso all’interprete della normativa in materia di energia, in virtù delle intime analogie strutturali che legano i due settori. Così, il ragionamento della Corte Costituzionale italiana nella sentenza n. 112/93 sulla qualificazione giuridica della decisione di assegnazione delle frequenze nell’etere che ha ne affermato la *natura concessoria* e non autorizzatoria sembra potersi estendere, in via analogica, alla decisione nazionale di assegnazione delle quote di emissione.

L'emanazione del decreto legge n. 273/04, convertito in legge n. 316/04 il 30 dicembre 2004, non ha esentato l'Italia dalla sentenza della Corte di Giustizia ai sensi dell'articolo 226 CE (ora art. 258 TFUE)⁴¹⁵. In seguito, il compiuto recepimento della direttiva 2003/87/CE è avvenuto con un nuovo d.lgs. n. 216/06⁴¹⁶ che ha predisposto le modalità tecniche di attuazione degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione ed ha individuato le autorità competenti nelle varie fasi di svolgimento del mercato delle quote.

È stato così istituito presso la Direzione per la ricerca ambientale e lo sviluppo del Ministero dell'ambiente, il 'Registro nazionale'⁴¹⁷ delle quote di emissione ed è stato individuato nel 'Comitato'⁴¹⁸, l'autorità nazionale competente ad occuparsi di tutto il procedimento amministrativo in materia di quote. Il Comitato è competente sia al rilascio dell'autorizzazione ad emettere gas a effetto serra, che alla predisposizione del Piano nazionale di assegnazione, nonché alla decisione di assegnazione delle quote alle imprese destinatarie ed all'erogazione delle sanzioni di cui all'articolo 20. In sede di controllo sulla gestione delle quote, lo Stato italiano ha scelto di non affidare ad enti pubblici l'attività di monitoraggio dei dati riguardanti le emissioni rilasciate dagli impianti, ma ha preferito delegare l'attività di verifica sulle emissioni a società private di certificazione⁴¹⁹. Le imprese italiane che alla fine di ciascun anno di riferimento abbiano registrato un saldo passivo tra le quote assegnate e quelle emesse sono costrette a comprarle sul mercato. La contrattazione delle quote di emissione avviene nella c.d. 'Borsa dei fumi', la cui piattaforma italiana di scambio è gestita dal Gestore del Mercato elettrico (GME): la partecipazione allo scambio delle quote di emissioni è stata aperta in Italia anche a soggetti terzi, ovvero persone fisiche e giuridiche che non risultano direttamente destinatarie delle norme ETS, ma che possono accedere alle negoziazioni previa la semplice sottoscrizione della piattaforma contrattuale prevista dal gestore⁴²⁰. Oltre all'obbligo legale di acquisto delle quote in difetto, il meccanismo sanzionatorio, previsto dall'articolo 20 del d.lgs. del 2006, è ricco ed articolato.

⁴¹⁵ Sentenza della Corte di Giustizia del 18 maggio 2006, in causa C-122/05, in *Racc.* 2006.

⁴¹⁶ Decreto legislativo 4 aprile 2006, n. 216, 'Attuazione delle direttive 2003/87 e 2004/101/CE in materia di scambio di quote di emissione dei gas a effetto serra nella Comunità, con riferimento ai meccanismi di progetto del Protocollo di Kyoto', pubblicato nella G. U. n. 140 del 19 giugno 2006.

⁴¹⁷ Ogni 30 di giugno le quote restituite dalle imprese titolari, vengono cancellate dal registro nazionale e comunicate al registro europeo centrale.

⁴¹⁸ Ai sensi dell'articolo 8, comma 3, del d.lgs. 216/06, il Comitato è composto da 6 membri, di cui tre nominati dal Ministero dell'ambiente e tre dal Ministero delle attività produttive. Il direttore generale della Direzione per la ricerca ambientale e lo sviluppo ed il direttore generale per l'energia sono membri permanenti del Comitato.

⁴¹⁹ Nel marzo del 2006 il Ministero dell'ambiente ha accreditato 15 società private di certificazione per verificare il controllo delle emissioni dichiarate dalle imprese italiane.

⁴²⁰ In genere alla contrattazione nella Borsa dei fumi partecipano istituti di credito, brokers e fondi di investimento.

Il gestore dell'impianto che entro il 30 aprile di ogni anno si ritrovi in difetto di quote è soggetto ad una sanzione comunitaria uniforme pari a 100 euro per ogni tonnellata effettivamente emessa dall'impianto senza averne la disponibilità di quota. A tale somma si aggiungono le sanzioni pecuniarie che possono arrivare a prevedere la chiusura degli impianti, in caso di esercizio dell'attività industriale senza essere muniti della prescritta autorizzazione⁴²¹.

Attualmente, il sistema ETS copre circa 12000 mila impianti industriali (di cui 1100 in Italia): la maggior parte di essi opera nei settori della produzione energetica, nell'industria del vetro, nella ceramica e nella produzione di ghisa e acciaio.

A tre anni dall'avvio del sistema ETS ed a conclusione della fase di sperimentazione prevista per il periodo 2005-2007 è possibile tracciare un primo provvisorio bilancio. Il mercato delle emissioni ha scontato ritardi e mal funzionamenti che hanno finito per minarne l'efficacia rispetto agli impegni di tutela ambientale e la credibilità rispetto alle opportunità di crescita economica ed occupazionale.

Il primo PNA per il periodo di riferimento 2005-2007 è stato emanato solo nel 2006: in conformità alla normativa europea, il piano avrebbe dovuto fondarsi su dati di emissioni forniti dalle aziende italiane, ma ciò non è avvenuto a causa della mancanza di strumenti di monitoraggio dei dati relativi alle emissioni provenienti dagli impianti industriali. Il primo PNA si è fondato dunque su dati provvisori che non tenevano conto dei dati empiricamente accertati, ma si basavano su previsioni di bisogni di quote. Questo sistema di formazione del PNA appare, invero, fortemente criticabile perché ha consentito a talune imprese di sovrastimare i propri bisogni reali, richiedendo allo Stato più quote di quante effettivamente avrebbero necessitato, pregiudicando in maniera decisiva l'affidabilità del sistema ETS. Anche il meccanismo dell'assegnazione delle quote si è discostato sensibilmente dagli obblighi previsti dal diritto dell'Unione: il PNA notificato alla Commissione non prevedeva l'assegnazione pro capite delle quote per le singole imprese interessate, ma si limitava a fissare un CAP indicativo per tutto il sistema industriale. In sede di monitoraggio e valutazione dei piani nazionali, la Commissione europea non aveva potuto far altro che approvare il PNA con riserva di indicazione dell'assegnazione delle quote alle singole imprese. La dilatazione dei tempi di approvazione del PNA ha costretto le imprese a richiedere, in tempi molto ristretti⁴²², l'autorizzazione e l'assegnazione delle quote, con il risultato che alcune (poche) hanno ricevuto più quote rispetto ai reali fabbisogni, ed altre (molte) meno.

⁴²¹ Analogamente, l'articolo 20 dispone il ritiro dell'accreditamento in capo agli enti verificatori nel caso di rilascio di attestati di verifica che presentino differenze significative tra i dati reali di emissione e le dichiarazioni verificate.

⁴²² A ciò si aggiunga che l'adozione del primo PNA è avvenuta in maniera definitiva solo nel marzo 2006, per cui le imprese italiane sono risultate destinatarie di provvedimenti sanzionatori per non avere ottemperato ad obblighi di restituzione delle quote del 2005.

Le incerte modalità di attuazione del sistema ETS nell'ordinamento interno rischiano di pregiudicare l'efficacia del mercato delle quote; dal punto di vista normativo, spetterà al Consiglio di Stato, dove pendono i ricorsi presentati dalle imprese destinatarie delle sanzioni, chiarire l'eventuale illegittimità della decisione nazionale di assegnazione e l'esito dei conseguenti provvedimenti sanzionatori. Inoltre, le imprese italiane potrebbero agire, attraverso i rimedi giurisdizionali previsti dal diritto dell'Unione, per chiedere il risarcimento dei danni per le conseguenze economiche subite a causa dell'inadempimento statale rispetto agli obblighi contenuti nella direttiva non correttamente trasposta.

Dal punto di vista dell'efficacia del sistema ETS, l'incertezza che ha inficiato il periodo di sperimentazione legislativa può avere ripercussione anche sulla seconda fase di attuazione del commercio delle quote, per il periodo di riferimento 2008-2012.

L'adozione dei successivi PNA e le continue richieste di proroga rispetto all'obbligo di restituzione delle quote assegnate negli anni precedenti segnalano le difficoltà del sistema economico ad assorbire le novità introdotte dal sistema ETS⁴²³.

Un adeguato sistema di formazione ed informazione sui costi e sulle opportunità del commercio delle quote può ancora consentire al sistema industriale italiano di avviare, sebbene in ritardo rispetto ai concorrenti degli altri Stati membri, il processo di transizione dei cicli di produzione industriali verso la ricerca e l'innovazione sull'impiego di tecnologie a basso contenuto di emissioni inquinanti. Per colmare il ritardo accumulato è necessario uno stretto coordinamento tra il settore pubblico ed il settore privato, nonché tra gli enti pubblici centrali⁴²⁴ e gli enti territoriali⁴²⁵.

⁴²³ I dati del sistema ETS italiano evidenziano come siano state poche le imprese che hanno deciso di modificare il proprio ciclo di produzione industriale verso modelli eco-compatibili. Le imprese italiane destinatarie degli obblighi previsti dal sistema ETS hanno preferito, almeno fino al momento, acquistare le quote sul mercato ovvero ricorrere al meccanismo dei CDM. Tali opzioni, pur apparendo vantaggiose nel breve periodo, possono risultare pericolose in una prospettiva di lungo termine. In assenza di un processo di transizione industriale verso sistemi alternativi rispetto all'impiego dei combustibili fossili, i costi per la mancata restituzione delle quote di emissione sono limitati, fintanto che il prezzo di mercato delle quote rimane relativamente basso a causa del grande quantitativo di offerte. In caso di riduzione dell'offerta di quote, l'aumento dei prezzi delle stesse potrebbe costituire un elevato costo che rischia di incidere negativamente sulla competitività delle imprese italiane. Per quanto riguarda il ricorso ai meccanismi flessibili con Paesi non ricompresi nell'Allegato I, il rischio è quello che ai processi virtuosi di scambio bilaterale di tecnologie pulite, si sostituisca il fenomeno della delocalizzazione geografica degli impianti industriali, con grave pregiudizio per l'occupazione e per il prelievo fiscale.

⁴²⁴ Il Ministero dell'ambiente ed il Ministero delle attività produttive devono fornire, di concerto con gli enti territoriali, un apporto decisivo alle imprese destinatarie del sistema ETS per assicurare la corretta attuazione dei meccanismi flessibili ed il rispetto degli obblighi previsti dalla normativa europea.

5.3. La giurisprudenza della Corte sulla direttiva ETS

La disciplina europea istitutiva del mercato interno sulle quote di emissioni ha dato origine a due diversi filoni giurisprudenziali: il primo di questi riguarda una serie di ricorsi di annullamento presentati, ai sensi dell' articolo 230 CE (ora art. 263 TFUE), da persone fisiche e giuridiche, in particolare imprese energetiche e siderurgiche. Tale ricorsi avevano per oggetto la richiesta di annullare le decisioni della Commissione europea di approvazione dei piani nazionali di assegnazione (di seguito, PNA) nel quadro della direttiva 2003/87/CE.

Nella prospettiva dei ricorrenti, la decisione della Commissione, nell'individuare tra i destinatari del sistema ETS (solo) talune imprese, escludendone altre egualmente inquinanti, era stata assunta in violazione della parità di trattamento che costituisce un principio generale di diritto dell'Unione. Il secondo filone giurisprudenziale riguarda, invece, una serie di ricorsi di annullamento presentati dagli Stati membri, questa volta nei confronti delle decisioni della Commissione europea in materia di rigetto dei PNA relativi alle quote di emissioni⁴²⁶.

Con particolare riferimento alla prima ipotesi, il Tribunale ha dichiarato l'irricevibilità dei ricorsi per mancanza di legittimazione ad agire delle imprese ricorrenti⁴²⁷. Quanto al rispetto del principio generale della parità di trattamento, la Corte di giustizia si è pronunciata sul punto con la sentenza *Arcelor*⁴²⁸. La causa trae origine da una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE (ora art. 267 TFUE), dal Conseil d'État. Questa

⁴²⁵ A titolo di *best practises* nel panorama regionale italiano, può essere utile rimarcare l'esperienza maturata in questa materia dalla Regione Veneto. La legge regionale n. 6/2006 della Regione Veneto prevede la possibilità per la Regione di stipulare intese con altri enti territoriali presenti nel territorio europeo, ovvero presenti in altri Paesi non ricompresi nell'Allegato I, al fine di predisporre bandi di gara con cui selezionare, tra le imprese venete destinatarie della normativa ETS, le più meritevoli dal punto di vista della ricerca ambientale. Le imprese vincitrici del bando regionale vengono coinvolte in progetti di JI e CDM ed hanno la possibilità di ottenere i relativi crediti (rispettivamente CER ed ERU) che poi possono rivendere alla Borsa dei fumi.

⁴²⁶ Sentenza del Tribunale del 23 Novembre 2005, *Regno Unito c. Commissione*, in causa T-178/05, pubblicata in Racc. 2006; Sentenza del Tribunale del 7 Novembre 2007, *Repubblica federale di Germania c. Commissione*, in T-374/04, pubblicata in Racc. 2008; Sentenza del Tribunale del 23 settembre 2009, *Repubblica di Polonia c. Commissione*, in T-183/07, non ancora pubblicata; Sentenza del Tribunale del 23 settembre 2009, *Repubblica di Estonia c. Commissione*, in T-263/07, non ancora pubblicata.

⁴²⁷ V. Ordinanza della Corte (Sesta Sezione) 19 giugno 2008, *US Steel Košice c. Commissione*, in causa C-6/08 P; Ordinanza del Tribunale (Seconda Sezione) 23 settembre 2008, *Lafarge Cement c. Commissione*, in causa T-195/07; Ordinanza del Tribunale di primo grado 11 settembre 2007 - *Fels-Werke e a. c. Commissione* in Causa T-28/07; Ordinanza del Tribunale (Prima Sezione) 6 novembre 2007, *Cemex UK Cement c. Commissione* in causa T-13/07.

⁴²⁸ Sentenza della Corte (Grande Sezione) 16 dicembre 2008, *Arcelor*, in causa C-127/07, in Racc. 2008.

sentenza, invero particolarmente interessante per il tema più generale del rapporto tra il diritto costituzionale francese e il diritto dell'Unione, ha offerto alla Corte l'occasione per valutare la compatibilità del mercato sulle quote di emissioni dei gas a effetto serra, istituito dalla direttiva ETS, con il principio di uguaglianza.

Nella sentenza *Arcelor* la Corte hanno escluso che la normativa ETS violasse il principio della parità di trattamento, sottolineando l'originalità e la complessità del sistema istituito dalla normativa europea. Essa ha stabilito che la complessità e l'originalità che caratterizza l'architettura del sistema ETS può giustificare il ricorso alla tecnica della 'sperimentazione legislativa'. Tale tecnica normativa autorizza il legislatore europeo a godere di un ampio margine di discrezionalità nel decidere l'opportunità ed il ritmo di un'armonizzazione. Ciò significa che il sindacato giurisdizionale non può spingersi fino a valutare il merito delle scelte legislative allorché queste decidano che l'armonizzazione debba avvenire in più fasi successive attraverso l'esclusione, ovvero l'inclusione, di determinati comparti industriali tra i destinatari degli obblighi di riduzione delle quote di CO₂⁴²⁹.

In riferimento al secondo filone giurisprudenziale, il Tribunale ha cercato di chiarire la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e la Commissione sull'approvazione dei PNA.

L'accoglimento dei ricorsi presentati dagli Stati membri ed il conseguente annullamento delle decisioni della Commissione sono stati fondati sull'interpretazione teleologica e sistematica delle disposizioni della direttiva ETS, in particolare, degli articoli 9, 11 e dell'allegato III. Secondo il Tribunale, ai sensi del sistema ETS, gli Stati membri godono di una competenza esclusiva nell'elaborazione dei PNA; la Commissione può esercitare un potere di controllo sui PNA che risulta temporalmente limitato e materialmente circoscritto ai casi di incompatibilità con l'articolo 10 e l'allegato III della direttiva⁴³⁰. In conformità a questa interpretazione della normativa ETS, la giurisprudenza ha stabilito che le decisioni della Commissione di fissare un limite massimo al totale di quote presenti nei PNA ledono il riparto della competenza perché, di fatto, sostituisce le valutazioni economiche ed ambientali elaborate dalla Commissione (attraverso il modello c.d. *Primes*) con le scelte di politica industriale ed energetica nazionale che risultano alla base dell'elaborazione dei PNA.

Inoltre, i giudici del Tribunale hanno precisato che, anche a seguito della decisione della Commissione sull'approvazione dei PNA, permane in capo agli

⁴²⁹ V. caso *Arcelor, cit.*, con particolare riferimento alle conclusioni dell'avvocato generale Maduro *sub* punti 46 e ss. Il processo di riforma della direttiva ETS dovrebbe estendere il campo di applicazione delle imprese destinatarie degli obblighi di riduzione delle emissioni a nuovi settori (escluso il trasporto aereo).

⁴³⁰ V. caso *Repubblica federale di Germania c. Commissione, cit.*

Stati il diritto di operare adeguamenti a posteriori al ribasso del tetto fissato nei PNA, da un lato, per garantire l'effetto utile delle consultazioni pubbliche e, dall'altro, per consentire di correggere le distorsioni della concorrenza create dal rischio di assegnazioni di quote superiori rispetto ai reali bisogni delle imprese⁴³¹.

Pur riconoscendo che il buon funzionamento del mercato interno delle quote richiede che la stima delle stesse contenute nei PNA non sia superiore ai bisogni reali delle imprese destinatarie, verificandosi altrimenti un eccesso di offerta di quote che non consente al sistema ETS di operare correttamente sia sotto il profilo ambientale, sia sotto il profilo economico, la Commissione non può sostituire le proprie valutazioni a quelle elaborate dagli Stati membri, in sede di formulazione dei PNA. Infatti, la Commissione può eventualmente decidere di esercitare le proprie funzioni di vigilanza, ai sensi dell'art. 17 TFUE, attraverso la procedura di infrazione prevista dagli artt. 258-260 TFUE, fornendo le prove che gli Stati, nella fase di elaborazione dei PNA, siano stati inadempienti rispetto all'osservanza degli obblighi prescritti dalla direttiva ETS.

Il contenzioso tra gli Stati membri e la Commissione europea sullo scambio delle quote di emissione è ancora fluido; esso conferma il delicato equilibrio nella ripartizione delle competenze tra discipline che intrecciano aspetti economici, ambientali ed energetici.

6. Una valutazione della normativa sui cambiamenti climatici tra (poche) luci e (molte) ombre

Un esame critico della direttiva ETS deve partire dall'analisi dei dati oggettivi relativi ai risultati effettivamente conseguiti dalla normativa, rispetto agli obiettivi che essa si era prefissata di raggiungere.

La scelta di adottare la direttiva ETS sulla base dell'articolo 174 CE (ora art. 191 TFUE) conferma indubbiamente che l'obiettivo principale della norma doveva essere il rafforzamento della tutela ambientale, da conseguire attraverso obblighi vincolanti di riduzione delle quote di emissione. L'esistenza di un obiettivo principale in materia di protezione dell'ambiente non osta alla contestuale sussistenza, nella *ratio* della normativa, di un obiettivo secondario di natura economica, rappresentato dalla creazione di un mercato interno delle quote di emissione.

Tuttavia, alla luce del completamento della prima fase di sperimentazione del sistema, i risultati provvisoriamente raggiunti sembrano essere negativi rispetto ad entrambi gli obiettivi perseguiti: il sistema ETS non ha prodotto significative variazioni nella riduzione totale delle emissioni inquinanti, né ha mantenuto le promesse circa il rilancio dell'economia e dei livelli occupazionali nel territorio dell'Unione.

⁴³¹ V. caso *Repubblica di Polonia c. Commissione*, cit.

Nel caso dell'Italia, ad esempio, il nostro l'obbligo internazionale di riduzione delle quote nella misura del 6,5% rispetto al 1990, i dati relativi al 2006 dimostrano come le emissioni di anidride carbonica in Italia non solo non si siano mai ridotte, ma siano addirittura aumentate, raggiungendo una soglia pari al 12% rispetto ai valori del 1990.

In riferimento alla seconda fase di attuazione della direttiva (2008-2012), i dati di riduzione delle emissioni inquinanti non devono trarre in inganno: se gli obblighi di riduzione dovessero essere raggiunti, questo non sarà dovuto tanto all'osservanza della normativa ETS, quanto alla contrazione delle attività industriali in conseguenza della crisi economica e finanziaria.

Ciò nonostante, una valutazione complessiva della disciplina europea sui cambiamenti climatici non può limitarsi ad una mera operazione contabile rispetto a dati quantitativi, ma deve tener conto di una serie di elementi ulteriori di natura qualitativa. In particolare, il mercato delle quote istituito dalla direttiva ETS doveva assumere un valore simbolico sia rispetto alle imprese destinatarie che ai Paesi terzi. A tale riguardo, la legislazione europea sui cambiamenti climatici ha avuto il merito di internalizzare, nei processi decisionali delle imprese energetiche, la variabile ambientale, portando i problemi legati all'efficienza energetica, ovvero alla transizione verso sistemi produttivi a basso impatto ambientale, dentro i distretti industriali. Dal punto di vista internazionale, l'adozione unilaterale degli impegni di riduzione delle emissioni di Co2 doveva servire ad aumentare la credibilità dell'Unione europea come leader globale nella lotta ai cambiamenti climatici, accreditandola nei prossimi negoziati di revisione della normativa internazionale.

Le inefficienze ambientali ed economiche registrate nella prima fase di attuazione del sistema ETS impongono un rapido processo di riforma dell'attuale legislazione europea; d'altronde, l'esigenza di operare una revisione della direttiva ETS sulla base dell'«esperienza acquisita» era immanente all'impianto stesso della normativa, come conferma l'articolo 30 della direttiva ETS, che aveva previsto la natura transitoria delle misure adottate, le quale rientravano nella sperimentazione normativa perseguita dal legislatore europeo.

Il riconoscimento della natura sperimentale della normativa ETS è importante per comprendere le ragioni del mancato raggiungimento degli obiettivi ambientali ed economici, nonché per procedere ad una revisione dei meccanismi del mercato delle quote.

L'esperienza maturata nel corso del primo periodo di attuazione della normativa porta a ritenere che il fallimento del sistema ETS sia dovuto, principalmente, a due ordini di ragioni: l'eccesso di offerta di quote e l'inefficacia degli strumenti sanzionatori.

L'architettura del sistema ETS si è poggiata su architravi che sono risultate, alla luce dei fatti, cedevoli ed instabili. L'incremento della tutela ambientale in un sistema *cap-and-trade* può essere raggiunto solo se il tetto massimo è inferiore alle emissioni *business-as-usual*, ossia quelle che si presenterebbero in assenza

di politiche climatiche. Se la determinazione dei PNA non determina alcuna riduzione significativa delle emissioni, conseguentemente le imprese risultano assegnatarie di una quantità di quote non inferiore alla quantità che avrebbero comunque emesso, anche in assenza del sistema ETS.

Dal punto di vista economico, l'obiettivo ultimo della creazione di un mercato interno delle quote è che i costi marginali di riduzione delle quote siano eguali al loro prezzo di mercato. L'incremento della competitività delle imprese si verifica quando il mercato ETS riesce a minimizzare i costi di adempimento degli standard ambientali. Se le imprese investono in tecnologia pulita o in efficienza energetica, ottengono un'eccedenza di permessi di quote a costi marginali inferiori rispetto al prezzo del mercato internazionale delle quote. Gli utili che derivano alle imprese virtuose dalla vendita delle quote in eccedenza, possono essere successivamente reinvestiti in un continuo processo di innovazione tecnologica, ovvero utilizzati per creare nuovi posti di lavoro.

Questo meccanismo presuppone però un elemento fondamentale: la 'scarsità' delle quote. La scarsità delle quote è una *condicio sine qua non* per il progressivo aumento dei loro prezzi sul mercato; l'eccesso di offerte sul mercato ha invece avuto un effetto depressivo sui prezzi che si sono stabilizzati su livelli inferiori ai costi marginali di riduzione, in modo che le imprese destinatarie hanno trovato più conveniente continuare ad emettere secondo gli usuali processi industriali ed acquistare sul mercato i permessi di emissione considerando, in ultima analisi, l'obbligo di acquisto sul mercato delle quote in difetto come una tradizionale eco-tassa.

Evidentemente, il mancato rispetto dei fondamenti economici ed ambientali del sistema ETS, non è imputabile solo alla responsabilità degli Stati nella fase di elaborazione dei PNA e di assegnazione delle quote alle singole imprese nazionali. Anche la Commissione non ha esercitato correttamente i propri poteri di verifica e controllo sul corretto funzionamento del sistema. La necessità politica di fare entrare immediatamente in vigore il mercato ETS, riservando ad un momento successivo la decisione di estendere il campo di applicazione materiale della disciplina a tutti i compartimenti industriali responsabili delle emissioni inquinanti, sembra aver prevalso sull'esigenza di garantire la rigorosa osservanza degli obblighi normativi stabiliti dalla direttiva. Tuttavia, ciò ha determinato vizi sul funzionamento del periodo di sperimentazione del sistema, pregiudicando la corretta preparazione degli Stati membri e degli operatori economici anche rispetto al successivo periodo ordinario di attuazione (2008-2012).

L'individuazione dei limiti strutturali che hanno determinato le inefficienze economiche ed ambientali del sistema ETS può risultare utile, in una prospettiva *de iure condendo*, per una palingenesi della normativa europea sulla lotta ai cambiamenti climatici che tenga conto delle difficoltà che la concreta applicazione della normativa ha incontrato nella fase sperimentale di esecuzione.

7. Le prospettive di revisione della normativa europea alla luce del negoziato internazionale di Copenaghen

Nella revisione della normativa ETS si deve tener conto, sul piano interno, dell'esperienza acquisita nell'applicazione dei meccanismi flessibili, con particolare riferimento al mercato delle quote e, sul piano internazionale, dei negoziati per l'adozione di un nuovo accordo internazionale, sostitutivo del Protocollo di Kyoto.

Il punto di partenza del processo di riforma della politica climatica europea è costituito dalle Conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 2007, dove è stato adottato il 'piano 20-20-2020' che, com'è noto, prevede l'impegno di ridurre, entro il 2020, le emissioni di gas a effetto serra dell'Unione di almeno il 20% rispetto ai livelli del 1990. Il piano prevede inoltre un meccanismo di adeguamento automatico con cui l'Unione si impegna ad incrementare l'obiettivo di riduzione nella misura del 30%, in caso di adozione di un nuovo trattato internazionale sui cambiamenti climatici.

Un maggior impegno di riduzione delle quote di emissione⁴³² implica un rinnovato slancio dell'azione dell'Unione nella lotta ai cambiamenti climatici da attuare attraverso la revisione della direttiva 2003/87/CE.⁴³³ Pur confermando l'impianto di fondo della direttiva ETS, l'esperienza acquisita ha messo in evidenza che alcuni dei suoi istituti principali, dall'allocazione del CAP alle decisioni di assegnazioni nazionali, necessitano di profonde modifiche.

Un primo elemento di riforma della direttiva ETS dovrebbe riguardare l'ampliamento dell'ambito di applicazione della disciplina normativa e la previsione di criteri oggettivi per l'individuazione delle imprese destinatarie degli obblighi di riduzione delle emissioni. Poiché la *ratio* principale della norma è costituita dall'innalzamento della tutela ambientale, le imprese destinatarie degli obblighi di riduzioni dovrebbero essere individuate, non sulla base della tipologia degli impianti o dei settori industriali, bensì sulla base del dato quantitativo relativo alle emissioni prodotte. La previsione di una soglia minima di emissione, (in analogia al '*de minimis*' previsto in materia di aiuti di Stato) allo scopo di delimitare l'ambito di applicazione della direttiva ETS, può offrire una maggiore chiarezza nell'individuazione delle imprese partecipanti al sistema ETS. Inoltre, l'individuazione di una soglia minima di emissione può consentire l'esclusione di quegli impianti di piccole dimensioni il cui impatto sull'ambiente, in termini di emissioni, può essere considerato trascurabile⁴³⁴.

⁴³² Passando dall'attuale obbligo di riduzione del 5% da realizzare entro il 2012, al nuovo obbligo del 20% da raggiungere entro il 2020.

⁴³³ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio (COM (2008) 30 def.) che modifica la direttiva 2003/87/CE al fine di perfezionare ed estendere il sistema comunitario di scambio delle quote di emissione dei gas a effetto serra.

⁴³⁴ Tutti gli impianti industriali di piccole dimensioni che non superino una soglia minima pari a 10000 tonnellate di Co2 emesse ogni anno, potrebbero dunque essere esclusi dalla normativa ETS

Le utilità che derivano dalla previsione di una soglia minima di emissione non necessariamente possono essere riproposte in merito all'adozione della soglia massima (CAP). Invero, la fissazione di un tetto unico (*CAP europeo*), valevole per tutti gli Stati membri, benché sia decisamente la soluzione più semplice e probabilmente la più efficace, sembra contrastare con alcuni rilevi giuridici.

Sotto il profilo internazionale, l'adozione di un CAP a livello europeo richiede una previa modifica dell'accordo di ripartizione delle quote, in quanto finisce per incidere sulla sovranità degli Stati a concludere accordi internazionali in materia di riduzione delle quote di emissione. Sotto il profilo interno, la previsione di un tetto unico di emissioni può risultare incompatibile con il principio di competitività, ai sensi dell'articolo 173 TFUE (già art. 157 CE) e, più in generale, con il principio della parità di trattamento, quale principio generale del diritto dell'Unione.

Infatti, la creazione di un obbligo uniforme di riduzione delle emissioni inquinanti può costituire una violazione del principio di uguaglianza, perché imporrebbe un medesimo trattamento rispetto a situazioni profondamente diverse, non tenendo conto delle differenze strutturali che esistono tra i vari sistemi industriali europei⁴³⁵. Il ricorso alla sperimentazione legislativa, pur garantendo un elevato margine di discrezionalità, in capo al legislatore europeo, nella disciplina del mercato delle quote, non consente di violare alcuni principi dell'ordinamento dell'Unione, quali l'uguaglianza tra le imprese e la libera concorrenza nel mercato interno.

In riferimento alla revisione sulle decisioni nazionali di assegnazione, la concreta applicazione della direttiva ETS ha dimostrato che alcuni Stati membri hanno basato il meccanismo di allocazione delle quote sulle richieste delle imprese, anziché sui dati relativi alle emissioni storiche. Di conseguenza, le imprese che hanno avanzato richieste di quote superiori ai loro normali fabbisogni non sono risultate destinatarie degli obblighi di riduzioni, accumulando un indebito vantaggio competitivo rispetto alle imprese che, invece, hanno fornito dati corretti sul fabbisogno di quote. La sperequazione insita nel meccanismo di assegnazione delle quote è il risultato di una responsabilità solidale che va ripartita tra gli Stati, che hanno consentito di fondare i loro PNA sulle richieste delle imprese, in assenza di sistemi di monitoraggio sulle emissioni storiche delle imprese, le imprese che hanno avanzato richieste in frode alla legge e, infine, la Commissione che non ha

e rispondere dell'inquinamento prodotto attraverso tradizionali meccanismi di eco-tasse. L'introduzione di un *de minimis* in materia di ETS sarebbe anche maggiormente conforme con il principio della libera concorrenza, perché eviterebbe ulteriori distorsioni della concorrenza tra impianti soggetti alla disciplina ed impianti ad essa estranei (*cf.* causa *Arcelor*, *cit.*).

⁴³⁵ Si pensi, a titolo esemplificativo, alla diversità che sussistono tra il tessuto industriale dell'economia italiana, caratterizzato da una pluralità di piccole e medie imprese ed altre economie europee basate sui grandi distretti industriali.

avanzato ricorsi in infrazioni per il mancato rispetto degli obblighi previsti dalla direttiva ETS.

Ai fini del raggiungimento dei nuovi obiettivi fissati dal Consiglio europeo nel piano 20-20-2020, l'allocazione dei permessi di inquinamento devono risultare inferiori rispetto alle emissioni storiche ed il meccanismo sanzionatorio deve colpire tutte le imprese inadempienti rispetto all'obbligo di riduzione delle emissioni.

La credibilità del sistema ETS dipende, in estrema sintesi, dalla possibilità di misurare le riduzioni di emissioni rispetto agli scenari *business-as-usual* e dalla capacità di sanzionare chi non si conforma agli impegni assunti.

L'individuazione dei diversi livelli di responsabilità, in caso di inadempimento degli obblighi di restituzione delle quote, presuppone un'armonizzazione dei sistemi di verifica e monitoraggio. Gli Stati membri hanno adottato sistemi molto divergenti tra di loro, incrementando i costi amministrativi del sistema ETS ed introducendo il rischio di restrizioni alla libera circolazione delle quote e dei crediti ETS. In sede di revisione della direttiva ETS, è auspicabile l'adozione di un regolamento tecnico che preveda l'accertamento, a livello europeo, degli enti certificatori, imponendo una serie di obblighi minimi cui gli Stati membri devono attenersi nel processo di verifica e monitoraggio dei dati sulle emissioni fornite dalle imprese, allo scopo di controllare la reale corrispondenza tra le emissioni effettivamente prodotte e le quote possedute.

Infine, la revisione del sistema ETS richiede una compiuta armonizzazione della procedura nazionale di assegnazione delle quote. A tale riguardo, l'asta può risultare il metodo comune di assegnazione delle quote, con l'abrogazione totale, almeno per quanto riguarda il settore elettrico, dell'assegnazione delle quote a titolo gratuito. Inevitabilmente, la natura onerosa dell'assegnazione delle quote, attraverso il sistema dell'asta, comporterà un collegamento più intenso con la disciplina europea della concorrenza, perché sarà compito delle istituzioni europee controllare che l'assegnazione di quote dagli Stati alle singole imprese, non nasconda ipotesi di aiuti di Stato, vietati dal diritto dell'Unione, ai sensi dell'articolo 107 TFUE⁴³⁶.

In sede di revisione normativa, la nuova direttiva ETS dovrebbe essere fondata sia sulla base giuridica dell'articolo 192 TFUE (già art. 175 CE, par. 1)⁴³⁷ che sulla base dell'articolo 114 TFUE (già art. 95 CE). È infatti dubbio che si possa ritenere ancora lo scopo economico come un obiettivo secondario, ovvero come

⁴³⁶ Sulla compatibilità tra la normativa ambientale relativa ai cambiamenti climatici e la disciplina sugli aiuti di Stato si rinvia al Cap. II, sez. II.

⁴³⁷ Invero, si potrebbe sostenere anche che l'adozione della nuova direttiva ETS andrebbe adottata sulla base dell'articolo 175, paragrafo 2, se si considera che un incremento degli obiettivi di riduzione delle emissioni in una misura superiore al 20%, ovvero al 30% in caso di adozione del Trattato di Copenaghen, incide sulla scelta statale della struttura energetica e che, la previsione dell'asta come metodo armonizzato di assegnazione delle quote, equipara negli effetti l'allocazione delle quote alle misure fiscali.

un obiettivo meramente strumentale rispetto al raggiungimento del risultato ambientale.

Un ultimo rilievo riguarda la consistenza rispetto al quadro internazionale della proposta di revisione sulla direttiva ETS. Com'è noto, anche gli obblighi previsti dal Protocollo di Kyoto sono sottoposti ad un vasto e profondo processo di revisione, poiché le disposizioni contenute nel Protocollo cesseranno di avere vigore dal 2012. Le più recenti ricerche sui cambiamenti climatici, non solo hanno confermato il legame tra le attività umane e la produzione di sostanze inquinanti, ma hanno anche aggravato gli scenari di previsione sui quali si fondava il negoziato di Kyoto, registrando una forte accelerazione del fenomeno del riscaldamento globale a causa del rapido sviluppo delle economie di Cina, India e Brasile. Il processo legislativo sull'adozione della nuova direttiva ETS è stato sospeso in attesa della conclusione dei nuovi negoziati internazionali sui cambiamenti climatici⁴³⁸. Tuttavia, l'adozione della nuova direttiva ETS avrebbe potuto costituire un forte strumento di pressione per l'Unione in sede di negoziati internazionali, rilanciando il suo ruolo di *leadership* nella lotta ai cambiamenti climatici. Con l'adozione della nuova direttiva ETS, l'Unione può conseguire il c.d. '*vantaggio del primo arrivato*', orientando il coinvolgimento dei Paesi terzi verso nuovi più ambiziosi traguardi di riduzione delle emissioni inquinanti.

Infatti, la proposta di direttiva ETS prevede l'impossibilità per i Paesi terzi che si rifiutino di firmare un nuovo accordo internazionale di partecipare ai meccanismi flessibili istituiti dal sistema europeo; questo avrebbe potuto (e può) costituire un forte strumento di pressione nei confronti della comunità internazionale. La minaccia di esclusione dei Paesi terzi dalle opportunità economiche relative all'impiego di accordi congiunti (JI) ovvero al riconoscimento di crediti CDM, ottenuti tramite il trasferimento di tecnologia verde, può avere un effetto dissuasivo rispetto a tutti quei Paesi che scelgono di non essere vincolanti dall'accordo internazionale, allo scopo di attirare la

⁴³⁸ La COP 13, svoltasi a Bali nel Dicembre del 2007, e il G20, tenutosi all'Aquila, hanno segnato piccoli passi in avanti sulla strada che dovrebbe portare all'adozione di un nuovo trattato internazionale in materia di cambiamenti climatici. Più in particolare, il negoziato di Copenaghen si fonda su un compromesso relativo all'obbligo globale per un contenimento delle temperature pari a 2 gradi da raggiungere entro il 2050. L'esito positivo dei negoziati di Copenaghen dipende, in larga misura, dal cambio di orientamento dell'amministrazione americana in materia di riscaldamento globale, nonché dal coinvolgimento delle nuove economie, con particolare riferimento alla Cina ed all'India, nell'assumere impegni vincolanti per la riduzione delle emissioni inquinanti entro un limite temporale che sia il più possibile ristretto per consentire un sistema di verifica dei benefici prodotti. In riferimento alla Cina, l'ultimo Panel dell'IPCC ha evidenziato come dal 2007 la Cina sia diventata il primo paese al mondo in termini di emissioni di Co2, superando gli Stati Uniti; risulta dunque decisivo l'impegno di riduzione che la Cina assumerà nel contesto dei negoziati internazionali per l'adozione del trattato di Copenaghen; sul punto v. L. WANG, 'Verso Copenaghen. La Cina e i cambiamenti climatici' in *Riv. Giur. ambiente*, 3-4/09, pp. 567-576.

delocalizzazione industriale delle imprese appartenenti a Stati che, invece, hanno assunto obblighi di riduzione delle emissioni inquinanti.

Dal 7 Dicembre al 18 Dicembre si è svolta a Copenaghen la 15ma Conferenza ONU sui cambiamenti climatici; la Conferenza di Copenaghen (COP 15) si è conclusa con il raggiungimento di un compromesso politico, privo di contenuto giuridicamente vincolante, fondato su un accordo minimo che fissa l'obiettivo del contenimento entro i 2 gradi centigradi dell'aumento medio della temperatura terrestre ed assegna un fondo di 30 miliardi di dollari in favore dei Paesi in via di sviluppo per le politiche di lotta ai cambiamenti climatici. In sostanza, nonostante le aspettative della vigilia che miravano al raggiungimento di un nuovo trattato vincolante, sostitutivo del Protocollo di Kyoto, in scadenza nel 2012, l'accordo di Copenaghen ha ratificato quanto già era stato già deciso in sede di G20 dell'Aquila nell'estate del 2009. Le criticità sull'accordo minimo di Copenaghen riguardano soprattutto il fatto che i negoziati non abbiano risolto alcune questioni importanti in materia di lotta ai cambiamenti climatici, quali il problema del monitoraggio della riduzione delle quote di emissioni, nonché l'applicazione del principio delle responsabilità condivise ma differenziate tra i Paesi sviluppati e quelli in via di sviluppo. Lo svolgimento dei negoziati internazionali ha inoltre evidenziato la marginalizzazione della posizione della UE, particolarmente ambiziosa e proattiva in materia climatica, stretta dalla morsa tra la posizione della Cina e quella degli USA.

Ai fini della nostra analisi, ci si può limitare a vedere quale possa essere l'impatto che (il mancato accordo di) Copenaghen può avere sulla legislazione europea per la lotta ai cambiamenti climatici; in estrema sintesi, poiché l'accordo di Copenaghen costituisce un compromesso politico e non un accordo internazionale giuridicamente vincolante sulla riduzione delle quote di emissioni, non dovrebbe fare scattare l'automatismo della riduzione del - 30% delle quote di emissione entro il 2020 previsto dal piano 20-20-2020 in caso di conclusione di un accordo internazionale, rimandando la questione alla successiva Conferenza di Città del Messico (COP 16) sui cambiamenti climatici. Il nuovo negoziato internazionale dovrà partire da una dichiarazione mondiale d'interdipendenza: l'eventuale successo ovvero il fallimento del nuovo negoziato dipenderà da quanto le politiche pubbliche riusciranno a fare leva sull'interesse privato delle imprese, nel trasformare quello che tradizionalmente veniva visto come un costo, in una nuova opportunità di crescita orientata verso il principio dello sviluppo sostenibile.

1. Introduzione

In conformità al principio dello sviluppo sostenibile in ambito energetico, l'azione dell'Unione è tesa ad incentivare i processi di produzione dell'energia che siano in grado di preservare nel lungo periodo le risorse ambientali ed energetiche. Un sistema di produzione interamente fondato su risorse naturali non rinnovabili, quali i combustibili fossili, genera uno sviluppo economico insostenibile dal punto di vista energetico che determinerà l'esaurimento delle fonti energetiche. Il principio dello sviluppo sostenibile richiede l'adozione di interventi pubblici volti alla promozione della ricerca di nuove tecnologie per l'impiego e lo sfruttamento di fonti energetiche rinnovabili⁴³⁹. La Comunità (ora Unione) aveva affrontato per la prima volta il tema delle energie rinnovabili con la decisione n. 93/500/CE⁴⁴⁰ istitutiva del 'Programma Altener'. Sulla base dei dati raccolti da tale programma era stato successivamente elaborato nel 1996 un Libro Verde della Commissione, aggiornato nel 1997 con il Libro Bianco⁴⁴¹ che delineava una *road-map* per l'impiego di fonti rinnovabili. Il Libro Bianco richiedeva l'adozione di una direttiva con cui obbligare gli Stati membri a raggiungere un obiettivo minimo di impiego di energia prodotta da fonti rinnovabili. In realtà, alcuni Stati membri, all'indomani della firma del Protocollo di Kyoto avevano anticipato il legislatore europeo imponendo, nel proprio ordinamento nazionale, obblighi minimi di impiego di fonti rinnovabili nella produzione di energia elettrica. In tal senso, (anche) il legislatore italiano aveva agito con insolita solerzia, prevedendo all'articolo 11 del decreto legislativo n. 79/1999 un obbligo minimo del 2% di produzione di energia proveniente da fonti rinnovabili ed introducendo il meccanismo dei 'certificati verdi', necessari per garantire la provenienza da fonti rinnovabili dell'energia elettrica prodotta⁴⁴².

Successivamente, il legislatore europeo è intervenuto ad armonizzare la materia con l'adozione della direttiva 2001/77/CE sulla promozione dell'energia

⁴³⁹ Per un'analisi del diritto comunitario sulle fonti rinnovabili si rinvia a S. QUADRI 'Lineamenti di diritto internazionale delle fonti di energia rinnovabile', Editoriale Scientifica, Napoli, 2008; L. WERRING (a cura di), 'EU Environmental Law: Energy Efficiency and Renewable Energy Sources', vol. III, in C. W. JONES (a cura di) *EU energy law*, Claeys & Casteels, Leuven, 2006; B. POZZO (a cura di), 'Le politiche energetiche comunitarie: un'analisi degli incentivi allo sviluppo delle fonti rinnovabili', Giuffrè, Milano, 2009.

⁴⁴⁰ In *Guce* L 235 del 18 settembre 1993, p. 41 e ss.

⁴⁴¹ In *Guce* C 198 del 24 giugno 1998, p. 1 e ss.

⁴⁴² D. TABARELLI, 'Certificati verdi ed emissioni trading: impatto sui prezzi dell'elettricità', in *Energia*, 1/05, pp. 36-45.

elettrica prodotta da fonti rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità⁴⁴³. Diversamente dal Libro Bianco del 1997 che prefigurava l'imposizione di un obbligo uniforme di utilizzo delle fonti rinnovabili nella misura del 12% sul totale dell'energia prodotta da ciascuno Stato membro, la direttiva 2001/77/CE si fondava sul diverso principio degli obiettivi nazionali di impiego di energia prodotta da fonti rinnovabili per il raggiungimento di un obiettivo indicativo, non vincolante, del 21% di elettricità prodotta da fonti rinnovabili sul totale del consumo di elettricità dell'Unione entro il 2010.

La scelta di imporre un obiettivo vincolante fissato a livello comunitario era stata rigettata perché considerata incompatibile con la diversa contribuzione che ciascun Stato membro riceve dall'utilizzo di fonti rinnovabili, dovuto talora a questioni di sviluppo economico e tecnologico, talaltra a propensioni ecologiche, ovvero ancora imposto dalla conformazione geo-morfologica dei singoli Stati membri⁴⁴⁴.

Il piano della disciplina normativa sulle fonti rinnovabili era stato poi successivamente articolato con l'adozione della direttiva 2003/30/CE sull'uso di biocarburanti nel settore dei trasporti⁴⁴⁵, stante l'equiparazione ai fini della tutela ambientale tra i biocarburanti e l'energia prodotta da fonti rinnovabili⁴⁴⁶.

Il sensibile aumento dei prezzi del petrolio e la crescente preoccupazione per un approvvigionamento energetico stabile, sicuro e rispettoso dell'ambiente, hanno reso la promozione dei biocarburanti nei trasporti una priorità del legislatore europeo.

La costante crescita del settore del trasporto su gomma ha generato problemi in termini di sostenibilità ambientale ed economica, tenuto conto che i trasporti producono quasi un terzo delle emissioni di CO₂ e che il settore dei trasporti dipende per il 98% dal petrolio. Nel quadro della diversificazione delle fonti

⁴⁴³ Direttiva 2001/77/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 settembre 2001 sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità, pubblicata in *Guce* L 283 del 27 ottobre 2001, p. 33 e ss. Lo Stato italiano ha recepito la direttiva sulle rinnovabili con il d.lgs n. 387 del 29 dicembre 2003 pubblicato in G.U. 31 gennaio 2004, n. 25.

⁴⁴⁴ Il contributo delle fonti rinnovabili nella struttura energetica degli Stati membri varia notevolmente passando, ai tempi dell'adozione della direttiva 2001/77/CE dall'1% del Regno Unito al 35% della Svezia.

⁴⁴⁵ Direttiva 2003/30/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla promozione dell'uso dei biocarburanti o di altri carburanti rinnovabili nei trasporti, pubblicata in *GU-UE* L 123 del 17 maggio 2003, p. 42 e ss.; lo Stato italiano ha recepito la direttiva sui *biofuels* con il d.lgs n. 128 del 30 maggio 2005, pubblicato in *GU* 12 luglio 2005, n. 160.

⁴⁴⁶ Per principio di equivalenza tra biocarburanti ed energia prodotta da fonti rinnovabili si intende la loro sostituibilità in termini di tutela ambientale perché entrambe le fonti contribuiscono in maniera determinante alla riduzione delle emissioni inquinanti rispetto all'impiego dei combustibili fossili. Tuttavia il principio di equivalenza non è un principio universalmente accettato, soprattutto in riferimento ai biocarburanti di prima generazione, in quanto i biocarburanti presentano criticismi in tema di sostenibilità ambientale e sociale di cui si terrà conto nel prosieguo della trattazione.

energetiche e dell'adempimento degli impegni di riduzione delle emissioni inquinanti assunti nell'ambito del Protocollo di Kyoto, l'Unione europea ha promosso la sostituzione del diesel e della benzina con i biocarburanti, ossia carburanti puliti e rinnovabili ottenuti con materiale organico⁴⁴⁷.

Nella direttiva sui biocarburanti adottata nel 2003 l'Unione aveva fissato come obiettivo la sostituzione con biocarburanti entro il 2005 del 2% della benzina e del diesel utilizzati per il trasporto ed entro il 2010 del 5,75%. Nonostante l'attuazione delle direttive sopracitate nei rispettivi ordinamenti nazionali, il giudizio sui progressi compiuti dall'Unione in materia di fonti rinnovabili si presta a letture non univoche. A fronte di un considerevole aumento di contribuzione delle fonti rinnovabili pari al 17% del consumo totale di elettricità, in linea con l'obiettivo indicativo del 21% previsto dalla direttiva 2001/77/CE, i dati dimostrano che questa percentuale è il risultato di una media europea. Ciò significa che l'obiettivo è stato raggiunto grazie alla poderosa crescita del settore delle rinnovabili in pochi Stati, in particolare gli Stati dell'area Scandinava e dell'Europa centro-settentrionale, laddove invece la maggioranza degli Stati membri è rimasta molto lontana dai traguardi previsti. Ancora più esiguo è stato il risultato raggiunto in materia di biocombustibili: in questo caso, l'obiettivo del 2% è stato raggiunto solo dalla Germania e dalla Svezia, mentre la media europea si è fermata intorno all'1%.

Tralasciando l'analisi del diverso impegno di tutela dell'ambiente che i singoli Stati membri hanno profuso nelle rispettive politiche energetiche nazionali, in questa sede conviene soffermarsi su qualche considerazione critica sulla tecnica legislativa usata dalle istituzioni europee per sostenere l'aumento del settore delle energie rinnovabili. A tal fine, è plausibile sostenere che l'indicazione di obiettivi nazionali per la direttiva sulle rinnovabili e la previsione di un obiettivo comune minimo per i biocarburanti siano risultati, alla luce dei fatti, strumenti poco incisivi per orientare i comportamenti degli Stati nella direzione di un maggiore ricorso a fonti di produzione dell'energia alternativi rispetto ai combustibili fossili. L'assenza di obiettivi vincolanti, la mancanza di un meccanismo sanzionatorio in grado di punire il mancato raggiungimento degli obiettivi prefissati, unitamente alla persistenza di alti costi amministrativi in grado di ostacolare o ritardare la creazione di impianti di produzione eco-compatibile di energia, sono state alcune delle cause che hanno determinato il mancato sviluppo del settore dell'energia rinnovabile. Parimenti, l'obiettivo di

⁴⁴⁷ I biocarburanti attualmente più comuni sono il biodiesel (ricavato da piante oleaginose come la colza o il girasole) e il bioetanolo (prodotto da colture ricche di zuccheri o amidi, come le barbabietole da zucchero o i cereali). Questi due combustibili liquidi per trasporto possono sostituire il diesel e la benzina su larga scala grazie alla loro capacità di essere utilizzati nei motori delle autovetture moderne (senza adattamento per le miscele a basso contenuto di biocarburanti o con adattamenti poco costosi per le miscele ad elevato contenuto) e di essere distribuiti tramite le infrastrutture esistenti. Le tecniche di produzione 'di seconda e terza generazione' sono in grado di ricavare biocarburanti da materiale forestale, graminacee e altri tipi di residui.

garantire la massima diversificazione possibile del mix energetico, senza optare per nessun tipo specifico di fonte rinnovabile (eolica, geotermica, solare, fotovoltaica etc.) ha determinato un quadro di incertezze per gli investitori che non ha consentito la creazione di un vero e proprio mercato europeo delle energie rinnovabili.

2. La direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili

L'acuirsi della dipendenza energetica rispetto ai Paesi terzi, produttori di combustibili fossili, ed il rispetto degli impegni internazionali assunti nel quadro della lotta ai cambiamenti climatici hanno rafforzato l'obiettivo europeo di sviluppare le fonti di energia rinnovabili. Questo rinnovato impegno si è concretizzato con l'adozione della nuova direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili⁴⁴⁸.

Tale direttiva unifica la disciplina in materia di fonti rinnovabili e di biocombustibili e legifera per la prima volta in materia di tele-riscaldamento e tele-raffreddamento, ponendosi dunque come un vero e proprio 'testo unico' in materia di fonti rinnovabili. Pur rimanendo invariato lo spirito della norma in favore dello sviluppo della produzione di energia derivata da fonti rinnovabili, le principali novità riguardano i principi e gli strumenti individuati dal legislatore europeo per raggiungere tale scopo. La nuova normativa è stata adottata sulla base di un compromesso tra quanti erano favorevoli all'imposizione di un parametro minimo di carattere vincolante, stabilito a livello europeo, e quanti invece erano favorevoli a lasciare in capo agli Stati membri la massima flessibilità per sfruttare le caratteristiche proprie delle singoli realtà nazionali. Il compromesso raggiunto si fonda, da un lato, su obiettivi europei di natura vincolante e, dall'altro, sul principio di flessibilità che garantisce a ciascuno Stato l'obbligo di seguire una traiettoria indicativa per il raggiungimento del proprio obiettivo, pur potendo scegliere tra le varie fonti rinnovabili in considerazione delle diverse situazioni di partenza e delle differenti capacità dei singoli Stati, in funzione del proprio PIL.

In breve, gli Stati membri sono chiamati a redigere annualmente, entro il 30 giugno, piani di azione nazionali per le energie rinnovabili che descrivano la traiettoria indicativa che ciascuno Stato intende seguire per il raggiungimento di obiettivi nazionali obbligatori⁴⁴⁹. Il Piano nazionale deve essere notificato alla

⁴⁴⁸ Direttiva 2009/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE, pubblicata in GU, L 140 p. 16.

⁴⁴⁹ Per quanto riguarda l'Italia, la quota di energia prodotta da rinnovabili ammontava, nel 2006, a 5,2% ; in base alla nuova normativa comunitaria l'Italia ha assunto l'obbligo vincolante di raggiungere, entro il 2020, una quota di fonti rinnovabili pari al 17% della struttura energetica generale.

Commissione che ne valuterà l'adeguatezza rispetto alla 'traiettoria indicativa'. Ulteriori misure previste per favorire l'impiego di fonti rinnovabili riguardano: il rilascio e la negoziazione delle 'garanzie di origine' (*infra* § successivo), la priorità di accesso alla rete per impianti di produzione che utilizzano fonti rinnovabili (articolo 16), la previsione di regimi di sostegno nazionale⁴⁵⁰, la semplificazione e l'accelerazione delle procedure amministrative relative all'autorizzazione, la certificazione, la concessione di licenze per la produzione di impianti di energia che ricorrono a fonti rinnovabili (articolo 13), nonché la predisposizione di nuove regolamentazioni e codici comuni nel settore della bio-edilizia. Tali strumenti dovrebbero consentire agli Stati membri di rispettare i singoli obiettivi nazionali e, indirettamente, all'Unione di raggiungere, entro il 2020, la quota media del 20% di energia prodotta da fonti rinnovabili sul consumo di energia complessivo.

Molto più problematica risulta invece quella parte della normativa (artt. 17-19) relativa al conseguimento, entro il 2020, di un obiettivo minimo vincolante del 10% di biocarburanti nel settore dei trasporti. La direttiva 2003/30/CE aveva fissato come obiettivi non vincolanti la sostituzione con biocarburanti entro il 2005 del 2% della benzina e del diesel utilizzati per il trasporto ed entro il 2010 del 5,75%. Gli obiettivi fissati per il 2005 e per il 2010 non sono stati raggiunti, nonostante si siano registrati significativi progressi. La direttiva 2009/28/CE ha inteso rafforzare il quadro normativo, stabilendo un obiettivo minimo vincolante del 10% per la quota di mercato dei biocarburanti da raggiungere entro il 2020 nel settore dei trasporti. La direttiva stabilisce una deroga parziale per il settore del trasporto aereo, sia a causa dei vincoli tecnologici e normativi che vietano l'uso commerciale dei biocarburanti in questo delicato settore, sia a causa della pressione concorrenziale cui sarebbero state esposte le compagnie aeree europee se fosse stato esteso l'obbligo di utilizzo di biocarburanti. Più in generale, il ruolo dei biocarburanti rispetto alla tutela ambientale e rispetto all'impatto che il suo impiego determina sulla politica agricola comune è un argomento alquanto controverso⁴⁵¹. Lo sviluppo dei biocarburanti di seconda e

⁴⁵⁰ In riferimento alla compatibilità delle misure a tutela dell'ambiente con la disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato di rinvia al Cap. II, sez. II.

⁴⁵¹ Per una lettura critica sull'utilizzo dei biocombustibili come fonti di energia si rinvia a C. STAGNARO, 'Biocarburanti: energia pulita o inefficienza agricola?' in *Energia*, 2007, pp. 52-55; R. DOORNBOSCH, R. STEENBLIK, *Biofuels: is the cure worse than the disease?*, Parigi, OCSE, 2007; A. CLÒ, S. VERDE, '20-20-2020: il teorema della politica energetica europea', in *Energia* 2007, pp. 2-13; S. GIUCA, 'Cambiamento climatico, sicurezza energetica e politica agricola' in *Bioenergia Rurale*, Reteleader, Ministero delle politiche agricole e forestali, Roma, 2007; J.E. PETERSEN, 'Energy production with agricultural biomass: environmental implications and analytical challenges' in *European review of agricultural economics*, Oxford journal press. Vol. 35/08; L. WERRING (a cura di), *EU Environmental Law: Energy Efficiency and Renewable Energy Sources*, cit.; R. SARDONE, 'Politica energetica e politica agricola dell'UE: la salvaguardia dell'ambiente naturale come elemento di coesione', in A. ZEZZA, *Bioenergie: quali opportunità per l'agricoltura italiana*, Studi e Ricerche, INEA, ESI, Napoli, 2008; V. I.

terza generazione, indotto dalla previsione normativa di un minimo legale di utilizzo nel settore dei trasporti, potrebbe creare forti ripercussioni in tema di aumenti del prezzo delle materie prime, nonché in tema di distruzione di terreni ricchi di biodiversità, ovvero di perdita dello *stock* di carbonio dovuto al cambiamento di destinazione dei terreni. Per fronteggiare tali rischi, l'Unione europea ha deciso di ancorare lo sviluppo di biocarburanti a criteri di sostenibilità, individuati ai sensi dell'articolo 17 della direttiva. In base a tale disposizione, l'energia prodotta da biocarburanti e bio-liquidi viene presa in considerazione, ai fini del raggiungimento dell'obiettivo comune obbligatorio del 10% se, e solo se, i biocarburanti non sono prodotti a partire da materie prime ottenute su terreni che presentano un elevato valore in termini di biodiversità o che possedevano uno *status* di foreste primarie o infine che presentano un elevato *stock* di carbonio (art. 17).

L'individuazione di criteri normativi di sostenibilità per i biocarburanti non riesce però a fugare tutti i dubbi e le perplessità sul ricorso a tali fonti di energia, in particolare se si considera l'impatto che la produzione di biocarburanti può avere sulla produzione alimentare, sulla biodiversità e sulla prosperità locale. Infatti, l'aumento della domanda mondiale di biocarburanti determinerà, non solo la crescita della produzione dei biocarburanti all'interno del territorio dell'Unione, ma anche la crescita delle importazioni provenienti da Paesi terzi. In assenza di accordi internazionali in materia, i Paesi terzi non possono essere obbligati a rispettare i parametri di sostenibilità, stabiliti dal diritto dell'Unione, sulla produzione dei biocarburanti. Al di là del rispetto di tali obblighi da parte dei produttori europei di biocarburanti risulterà dunque decisivo l'impegno che l'Unione dovrà assumersi, sul piano internazionale, per concludere accordi bilaterali e multilaterali con Paesi terzi che contengano disposizioni sui criteri di sostenibilità corrispondenti a quelli fino ad ora unilateralmente stabiliti all'interno del territorio dell'Unione con la direttiva 2009/28/CE.

2.1 Il mercato delle 'garanzie di origine' ed i meccanismi flessibili

Il cuore della nuova europea sulle energie rinnovabili riguarda il principio di flessibilità. Tale principio consente agli Stati membri di scegliere la strategia più appropriata sotto il profilo sociale, economico ed ambientale, per mantenersi in linea con la traiettoria indicativa e raggiungere gli obiettivi vincolanti previsti dalla legislazione europea.

WELBORNE, *'Biofuels in the energy supply sistem'*, Novinka books, New York, 2006; A. ZEZZA, 'I biocarburanti sono un'alternativa energetica sostenibile?' in *Agriregionieuropa*, 9/07. In riferimento alla valorizzazione del nuovo ruolo dell'agricoltore nella filiera energetica come produttore di energia rinnovabile v. N. FERRUCCI, 'Produzione di energia da fonti biologiche rinnovabili (il quadro normativo)' in *Riv. Dir. Agrario*, 2/2007, pp. 246-258.

La direttiva lascia che gli Stati membri siano liberi di sviluppare il settore delle energie rinnovabili che meglio corrisponde alla propria situazione ed al potenziale nazionale, essendo liberi di decidere se aumentare la quota di rinnovabili attraverso un incremento della produzione nazionale di energia proveniente da fonte rinnovabile, ovvero attraverso il ricorso agli strumenti di mercato o altri meccanismi flessibili.

Tecnicamente, l'Unione sarebbe in grado di raggiungere l'obiettivo fissato unicamente con la produzione interna di energia proveniente da fonti rinnovabili. Tuttavia, la soluzione più conforme al principio di flessibilità è quella che prevede la possibilità, in capo agli Stati membri, di modulare la politica energetica nazionale in modo da conseguire un approccio equilibrato tra produzione interna ed importazione, tenendo in debito conto il diverso potenziale di sfruttamento delle energie rinnovabili presente in ciascuno Stato membro.

A tali scopi, la direttiva 2009/28/CE ha previsto l'istituzione di un nuovo bene giuridico (le garanzie di origine) e di nuovi meccanismi flessibili (trasferimenti statistici, progetti comuni e regimi di sostegno comuni).

Per 'garanzie di origine' si intendono, ai sensi dell'articolo 15 della direttiva 2009/28/CE, i certificati elettronici che hanno la funzione di provare al consumatore finale che una determinata quantità di energia è stata prodotta da fonti rinnovabili. La caratteristica principale della garanzia di origine è quella di costituire un valore, suscettibile di valutazione economica, che può essere oggetto di negoziazione anche separatamente rispetto al trasferimento fisico dell'energia. Ciò significa che i trasferimenti di garanzie di origine possono avvenire contestualmente al trasferimento fisico di energia, ma possono anche avvenire separatamente. In quest'ultimo caso, la garanzia di origine corrisponde ad un'unità elementare di energia prodotta da fonti rinnovabili, convenzionalmente stabilita in termini di corrispondenza tra una garanzia di origine per ogni quantità standard di 1 MWh prodotta da fonti rinnovabili.

Nella garanzia di origine viene indicata la fonte energetica utilizzata per produrre energia, l'ubicazione, il tipo e la capacità dell'impianto nel quale l'energia è stata prodotta ed infine se, ed in quale misura, l'impianto ha beneficiato di sostegni all'investimento, come ad esempio i regimi nazionali di sostegno. Gli Stati membri hanno l'obbligo di rilasciare una garanzia di origine su richiesta di un produttore di elettricità da fonti rinnovabili e hanno l'obbligo di riconoscere le garanzie di origine rilasciate da altri Stati membri, salva la possibilità di opporre un rifiuto al mutuo riconoscimento in caso di dubbio sulla affidabilità, la precisione o l'autenticità di una garanzia di origine. L'opposizione di un rifiuto al riconoscimento di una garanzia di origine deve essere debitamente motivata e deve essere notificata alla Commissione, la quale è chiamata ad adottare una decisione definitiva sulla legittimità o meno del rifiuto.

Opportunamente la direttiva non ha ripreso le disposizioni contenute nella proposta di direttiva sulle rinnovabili che intendevano attribuire agli Stati membri la possibilità di creare un sistema di autorizzazione preliminare per il trasferimento delle garanzie di origine. Se infatti si considera che una garanzia di origine costituisce un bene di matrice pubblica, che può essere oggetto di una negoziazione indipendente rispetto al trasferimento fisico dell'energia, esso deve rientrare nell'ambito di applicazione del principio di libera circolazione delle merci. In tale contesto, l'istituzione di un sistema di autorizzazione preliminare avrebbe potuto costituire una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa, vietata ai sensi dell'articolo 34 TFUE. Ai sensi dell'articolo 9 della proposta di direttiva, l'istituzione di un sistema di autorizzazione preliminare per il trasferimento delle garanzie di origine veniva giustificato da motivi imperativi di sicurezza dell'approvvigionamento, ovvero di tutela ambientale.

Tuttavia, considerando che il diverso trattamento imposto ai trasferimenti transfrontalieri di energie rinnovabili, tramite l'uso delle garanzie di origine, avrebbe costituito per sua natura una misura discriminatoria (e dunque non una misura indistintamente applicabile) sarebbe stata quantomeno dubbia l'estensione della categoria delle esigenze imperative per giustificare misure restrittive del mercato interno delle energie rinnovabili, sulla base di motivi inerenti alla tutela ambientale⁴⁵². Più cautamente il negoziato finale ha abbandonato il sistema dell'autorizzazione preventiva delle garanzie di origine, concentrandosi più dettagliatamente sui meccanismi di flessibilità che possono assumere la forma di trasferimenti statistici, progetti comuni tra Stati membri e regimi di sostegno comuni.

Le misure di flessibilità consentono agli Stati membri di ridurre il costo per il raggiungimento degli obiettivi nazionali e favoriscono il consumo di energia prodotta da fonti rinnovabili in altri Stati membri. I meccanismi di flessibilità si fondano sul principio di economicità della tutela ambientale e sul principio della cooperazione tra gli Stati membri; in virtù di tali strumenti, uno Stato può computare l'energia da fonti rinnovabili consumata in altri Stati membri, ai fini del conseguimento dei propri obiettivi nazionali (artt. 6-8), oppure può promuovere una forma di cooperazione internazionale in modo da computare anche l'energia prodotta da fonti energetiche rinnovabili al di fuori dell'Unione, purché l'elettricità importata sia consumata all'interno della stessa (articolo 9). Meno convincente risulta la mancata armonizzazione a livello europeo dei regimi di sostegno nazionale in favore delle imprese che operano nel settore

⁴⁵² Per una dettagliata analisi delle problematiche relative al sistema di autorizzazione preliminare, previsto dalla proposta di direttiva sulle rinnovabili, con particolare riguardo all'applicabilità della dottrina sulle esigenze imperative, elaborata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela ambientale si rinvia a A. JOHNSTON, K. NEUHOFF, D. FOUQUET, M. RAGWITZ, G. RESCH, 'The proposed new EU renewables directive: interpretation, problems and prospects' in *EEELR*, 6/08, pp. 126 e ss..

delle energie rinnovabili. A parte la previsione della possibilità che due o più Stati possano decidere, su base volontaria, di unire e coordinare parzialmente i loro regimi di sostegno (articolo 11), spetterà alla Commissione, in sede di verifica dell'osservanza delle norme sulla concorrenza e sugli aiuti di Stato in materia di tutela ambientale, ed alla Corte di Giustizia, in sede di controllo giurisdizionale, garantire che i regimi di sostegno nazionali non costituiscano misure distorsive della libera concorrenza, ovvero ipotesi di aiuti di Stato.

I meccanismi flessibili, al pari del trasferimento delle garanzie di origine, non operano solo a livello statale, bensì anche tra privati come risulta espressamente stabilito dalla normativa che prevede il coinvolgimento degli operatori privati. Quest'ultimi sono chiamati a stimolare gli investimenti nella creazione del mercato interno delle energie rinnovabili allo scopo di abbassare il costo di produzione delle energie rinnovabili, rendendo tali energie competitive rispetto al costo dei combustibili fossili.

2.2. L'evoluzione della normativa europea sulle fonti rinnovabili: alcuni rilievi critici.

In conclusione, l'evoluzione della disciplina normativa sulle fonti rinnovabili dimostra che un obiettivo prioritario della politica energetica europea consiste nella diversificazione delle fonti energetiche e nell'aumento del contributo delle fonti rinnovabili nella struttura generale dell'approvvigionamento energetico⁴⁵³.

Tuttavia, la scelta di non optare in maniera specifica su nessuna delle singole fonti rinnovabili, sebbene possa apparire in linea teorica maggiormente conforme al principio della libera concorrenza, lasciando che sia il mercato a scegliere, con gli strumenti della domanda e dell'offerta, quali siano le fonti rinnovabili che garantiscano la migliore resa come sostituti dei combustibili fossili, costituisce uno dei motivi per i quali la disciplina sulle fonti rinnovabili non sembra avere, almeno fino al momento, raggiunto i suoi obiettivi.

Il raggiungimento dell'obiettivo medio del 20% entro il 2020 rischia di essere frutto dell'azione di pochi Stati membri: infatti, la maggior parte degli Stati membri sembra aver preferito concentrarsi sulla risorsa energetica attualmente più sicura (l'incremento del risparmio e dell'efficienza energetica) in attesa che il progresso scientifico dia segnali più sicuri su quale sia la tecnologia energetica del futuro. A sua volta, però, lo scetticismo con il quale gli operatori economici ed i governi guardano ai nuovi mercati delle 'garanzie di origine' e dei meccanismi flessibili può avere ripercussioni negative sulle possibilità di crescita dei settori dell'innovazione e della ricerca nelle tecnologie energetiche pulite. Se la normativa sulle fonti rinnovabili non riesce a garantire la stabilità e

⁴⁵³ F. CAPELLI, 'Energie rinnovabili: normativa e compatibilità ambientale' in *Diritto Comunitario e degli Scambi internazionali*, 4/08, pp. 857-871; M. D'AURIA, 'La proposta di direttiva sulle energie rinnovabili: la strategia europea' in *Riv. giur. dell'ambiente*, 5/08, pp. 927-933.

la certezza regolatoria, il fiume degli investimenti previsti per l'innovazione energetica finisce per prosciugarsi nei rivoli della ricerca su tecnologie energetiche di nicchia, incapaci di essere utilizzate nei termini richiesti dalle economie di scala. L'instabilità del quadro regolatorio finisce per disorientare gli investimenti di lungo termine di cui, invece, necessita il processo di transizione energetica. La sfiducia negli strumenti di mercato istituiti dalla normativa europea rischia di ritardare il processo di de-carbonizzazione dei sistemi energetici e di rallentare le possibilità di crescita di un settore che, soprattutto in periodo di crisi finanziaria, può risultare di fondamentale importanza per le capacità di sviluppo economico e per le capacità di crescita occupazionale del settore dell'economia verde.

Al momento, più che fondare i presupposti economici e normativi dell'economia verde, la normativa europea rischia di produrre un forte movimento di speculazioni sugli strumenti finanziari legati ai nuovi ben giuridici di matrice pubblica ed alle previsioni di esaurimento dei combustibili fossili⁴⁵⁴. Infine, non bisogna dimenticare come nella letteratura di settore si registrino numerosi voci critiche sulla possibilità di considerare, per via normativa, le fonti rinnovabili come un'*alternativa reale* rispetto all'impiego dei combustibili fossili⁴⁵⁵.

Tuttavia, nonostante le inefficienze e le problematiche, ivi descritte, un elemento di fatto può essere sottolineato a titolo di provvisoria conclusione: le politiche e le legislazioni nazionali risultano incapaci di fornire isolatamente una risposta efficace a temi di portata globale come la transizione dei sistemi energetici a basso contenuto di carbonio e la lotta ai cambiamenti climatici.

La via della cooperazione internazionale⁴⁵⁶ e sovranazionale sembra essere una via, al tempo stesso, inevitabile ed obbligata; per contro, politiche globali

⁴⁵⁴ Secondo gli analisti finanziari, le oscillazioni sui prezzi delle quote di emissione nelle borse dei fumi dimostrano forti movimenti di speculazione finanziaria intorno ai prezzi delle quote che sono risultate uno degli *assets* tossici generati dalla recente crisi finanziaria.

⁴⁵⁵ In chiave critica rispetto al '*mito*' delle risorse rinnovabili v. A. CLÒ, '*Il rebus energetico*', Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 135-149. L'Autore esprime una visione scettica rispetto al convincimento, invero presente nel legislatore comunitario, che le fonti rinnovabili possano costituire un'alternativa rispetto ai combustibili fossili, risolvendo le contraddizioni dell'attuale sistema energetico. Limitazione di ordine tecnico (marginalità delle fonti rinnovabili rispetto al consumo energetico globale, intermittenza dell'erogazione di energia, scarsa flessibilità d'uso), economico (costi di produzione di elettricità strutturalmente superiori rispetto ai costi equivalenti di elettricità prodotta dai combustibili fossili) ed anche ambientale (impatti ambientali e paesaggistici legati alla penetrazione degli impianti rinnovabili) dovrebbero suscitare un atteggiamento più prudente e meno emotivo da parte dei decisori politici nel considerare le fonti rinnovabili come 'alternative' reali rispetto ai combustibili fossili. V. anche N. GEORGESCU-ROEGEN, '*Energia e miti economici*', Boringhieri, Torino, 1962.

⁴⁵⁶ Una transizione quantitativamente significativa del sistema energetico mondiale dai combustibili fossili alle fonti rinnovabili richiede l'elaborazione di strumenti di cooperazione internazionale idonei ad agevolare il trasferimento di tecnologia verde e la penetrazione su scala mondiale di impianti di produzione di energia derivata da fonti rinnovabili. A tale fine, è

richiedono assetti istituzionali e strumenti di intervento del tutto innovativi come il mercato delle quote di emissione e le garanzie di origine.

3. Il problema della sovranità degli Stati sulla scelta del mix energetico

Il processo di approfondimento dell'integrazione europea ha segnato una lenta erosione della sovranità statale in materie che erano un tempo intimamente legate al concetto stesso di Stato. Tuttavia, sebbene siano stati molti i settori in cui si è verificata una cessione di sovranità in favore delle istituzioni europee, il potere statale di scegliere la struttura energetica è rimasto formalmente immune rispetto al processo di integrazione europea.

Si pone dunque un problema (in)compatibilità tra la dimensione ambientale della politica energetica europea ed il mantenimento della sovranità statale sulla struttura generale dell'approvvigionamento energetico.

L'articolo 192, par. 2, TFUE (già art. 175, par. 2, CE) stabilisce una procedura speciale rispetto al procedimento ordinario di formazione degli atti dell'Unione per l'adozione di quelle misure che hanno una '*sensibile incidenza*' sulla scelta di uno Stato membro tra diverse fonti di energia. Tale procedura prevede il voto all'unanimità in Consiglio, previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni: l'unanimità garantisce un sostanziale potere di veto agli Stati membri su quegli atti che incidono sulla struttura generale dell'approvvigionamento energetico nazionale. La disposizione dell'articolo 192, par. 2, TFUE deve essere letta in combinato disposto con l'articolo 122 TFUE (già art. 100 CE) nel quale si fa riferimento alla possibilità che il Consiglio possa decidere all'unanimità, su proposta della Commissione, qualora sorgano '*gravi difficoltà*' nell'approvvigionamento di determinati prodotti. L'indeterminatezza della fattispecie che non contiene alcuna definizione in merito alla situazione di gravità, né in merito alla tipologia

attualmente in fase di ratifica lo statuto dell'*International Renewable Energy Agency* (IRENA). L'istituzione di IRENA è il primo esempio concreto di cooperazione internazionale in materia di fonti rinnovabili: l'Agenzia fungerà da *forum* a livello mondiale per il raggiungimento di accordi internazionali sulle fonti rinnovabili ed offrirà supporto tecnico ed economico, di concerto con la Banca mondiale, per la realizzazione di progetti sul trasferimento di tecnologia verde. Con il mandato dei governi provenienti da tutte le parti del mondo (136 Stati risultano firmatari dello Statuto) IRENA aspira a diventare la principale forza motrice per promuovere una rapida transizione verso l'uso diffuso e sostenibile di energia rinnovabile su scala globale. Lo statuto prevede che l'Agenzia entrerà in vigore in seguito al deposito del 25mo strumento di ratifica, prevedibilmente entro il 2010 (tutti i Paesi membri dell'Unione europea sono firmatari dello statuto, ma attualmente solo la Germania e la Svezia hanno ultimato la procedura di ratifica). Dal punto di vista istituzionale l'Agenzia sarà composta da un'Assemblea, un Consiglio e un Segretariato; la sede provvisoria dell'Agenzia è stata fissata ad Abu Dhabi, mentre Bonn ospiterà il centro di innovazione e tecnologia di IRENA e a Vienna sarà la sede dell'ufficio di collegamento dell'Agenzia per la cooperazione con altre organizzazioni attive nel settore delle energie rinnovabili.

di prodotti, pur apparendo contraria alle esigenze di tassatività e certezza del diritto, è tuttavia giustificata dalla necessaria flessibilità con la quale si richiede che la procedura possa essere utilizzata in situazioni di carattere eccezionale.

Tuttavia, è del tutto evidente che la norma è stata concepita al precipuo scopo di fronteggiare situazioni di crisi dell'approvvigionamento energetico, subordinando peraltro la decisione unanime del Consiglio alla previa proposta della Commissione. In questa prospettiva, il Trattato di Lisbona ha apportato comunque un utile contributo di chiarezza al sistema, introducendo uno specifico riferimento all'approvvigionamento dei prodotti energetici. Ancora più importante risulta l'introduzione della 'clausola di solidarietà' (v. *infra* cap. IV, sez. II) nel cui rispetto le istituzioni europee e gli Stati membri sono chiamati ad assumere decisioni sull'approvvigionamento energetico. In questa sede serve sottolineare come il nuovo articolo 194, par. 2, TFUE sull'energia chiarisce che le nuove competenze energetiche dell'Unione non possono pregiudicare il diritto degli Stati membri di determinare le condizioni per lo sfruttamento delle risorse energetiche, la scelta tra diverse fonti di energia e la struttura generale dell'approvvigionamento energetico, salvo quanto previsto dall'articolo 192, par. 2, lettera c) TFUE⁴⁵⁷. Il testo della norma e l'allegata Dichiarazione n. 35 sulla stessa⁴⁵⁸ sembrano essere stati redatti al precipuo scopo di tutelare la volontà degli Stati di determinare la struttura del proprio approvvigionamento energetico⁴⁵⁹.

Tuttavia, la scelta di preservare la sovranità statale sulla struttura generale dell'approvvigionamento energetico può suscitare qualche perplessità rispetto all'effetto combinato della normativa europea sulle fonti rinnovabili e di quella sui cambiamenti climatici.

Com'è stato più volte sottolineato, la previsione di un obiettivo vincolante di utilizzo del 20% delle fonti di energia rinnovabili, entro il 2020, finisce per incidere direttamente sulla sovranità degli Stati membri rispetto alle scelte del mix energetico. Poiché, com'è noto, le norme di diritto derivato devono essere

⁴⁵⁷ Ai sensi dell'articolo 192, paragrafo 2, TFUE: '*In deroga alla procedura decisionale di cui al paragrafo 1 e fatto salvo l'articolo 114, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni, adotta: [...] c) misure aventi una sensibile incidenza sulla scelta di uno Stato membro tra diverse fonti di energia e sulla struttura generale dell'approvvigionamento energetico del medesimo*'.

⁴⁵⁸ La Dichiarazione n. 35 relativa all'articolo 194 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea precisa che '*la Conferenza ritiene che l'articolo 194 non pregiudichi il diritto degli Stati membri di adottare le disposizioni necessarie per garantire il loro approvvigionamento energetico alle condizioni previste dall'articolo 347 (ex articolo 297 CE)*'.

⁴⁵⁹ Ulteriori forme di cessioni della sovranità nazionale in favore delle istituzioni comunitarie in materia di scelta della struttura di approvvigionamento energetico sono osteggiate dalle posizioni contrarie del Regno Unito, che predilige il ricorso a sistemi di stoccaggio di carbone pulito attraverso l'utilizzo della tecnologia CCS, e della Francia che, com'è noto, è uno dei Paesi più importanti al mondo per la produzione di elettricità di origine nucleare.

conformi alle disposizioni dei trattati, si potrebbe sostenere la compatibilità delle prime sulla base di considerazioni di ordine *quantitativo* considerando che, fino a quando gli obiettivi comunitari non vadano oltre la metà del *mix* energetico, non rivestano quella sensibile incidenza di cui fa espressa menzione la disposizione del Trattato. Tuttavia, un giudizio di compatibilità fondato sul rispetto del mero dato quantitativo sembra trascurare il rilievo del dato *qualitativo* conseguente all'approccio integrato tra la politica energetica europea e quella climatica. Infatti, come si è visto, la sovranità statale sulla struttura generale dell'approvvigionamento energetico, non è solo erosa dalla disciplina europea sulle fonti rinnovabili, ma anche dalla normativa in materia di permessi di quote di emissione. Quest'ultima impone agli Stati membri obblighi vincolanti di riduzione di emissioni di Co2 e dunque consente agli Stati membri un minore ricorso all'impiego dei combustibili fossili nei cicli di produzione industriale. L'effetto combinato delle due discipline normative sembra travalicare, in via di fatto, il confine della sovranità statale eretto a presidio della struttura generale dell'approvvigionamento energetico. Il margine di manovra lasciato agli Stati membri per orientare la politica energetica nazionale sulla base dell'impiego delle diverse fonti di energia si riduce sempre di più a causa della fissazione di obiettivi di lungo termine a livello europeo ed internazionale⁴⁶⁰.

4. Simmetrie e frammentarietà tra la disciplina sulle energie rinnovabili e la lotta ai cambiamenti climatici

La descrizione della normativa europea sulle energie rinnovabili e di quella relativa alla lotta ai cambiamenti climatici ha messo in evidenza che entrambe le discipline condividono uno spirito comune, una *eadem ratio* volta a rafforzare la tutela ambientale, originando istituti analoghi e, in alcuni casi, simmetrici.

D'altronde, il riconoscimento che l'inquinamento atmosferico vada considerato come un'esternalità negativa, rappresentando un costo economico-sociale prodotto da un determinato individuo che si riversa in una sfera indeterminata di altri soggetti, è ormai un dato unanimemente acquisito. Il problema principale delle esternalità negative è dovuto al fatto che queste non rilevano nel meccanismo di formazione dei prezzi di chi le produce e dunque non incidono, di per sé, sulle decisioni azionarie delle imprese che le determinano.

Tradizionalmente, il problema della gestione delle esternalità negative ha dato luogo a due approcci normativi contrapposti: il primo lasciava che fosse il

⁴⁶⁰ Perline dal punto di vista giuridico la decisione della Commissione europea di giustificare il mancato utilizzo della base giuridica di cui all'articolo 175, para. 2, CE, nella proposta per l'adozione della direttiva 2009/28/CE in materia di energie rinnovabili, sostenendo che l'aumento della quota delle stesse costituiva una decisione già assunta autonomamente da tutti gli Stati membri e che dunque la normativa comunitaria non avrebbe ulteriormente inciso in maniera significativa sulla struttura energetica degli Stati membri.

mercato a riassorbire i costi prodotti dalle esternalità, nella convinzione che gli strumenti della domanda e dell'offerta avrebbero saputo premiare le imprese più virtuose ed escludere quelle più nocive. Il secondo richiedeva un intervento pubblico in grado di internalizzare i costi sociali a carico delle imprese responsabili, riconoscendo nelle esternalità negative un esempio del fallimento dei mercati.

L'approccio di tipo regolatorio ha prevalso per lungo tempo negli ordinamenti degli Stati membri, cercando di eliminare l'esternalità negativa rappresentata dalle emissioni inquinanti attraverso il sistema fiscale. L'incapacità di risolvere in modo definitivo il problema, sia per l'incapacità di misurare l'inquinamento prodotto dalle imprese ed individuare le imprese responsabili, sia per la difficoltà nello stabilire il giusto livello impositivo da applicare alle imprese, ha dato luogo ad un esempio di fallimento dello Stato⁴⁶¹.

Per gestire il problema dell'inquinamento atmosferico, ovviando ai fallimenti dei mercati ed al fallimento dello Stato, il diritto dell'Unione sembra avere imboccato una nuova strada nella regolazione pubblica dell'economia⁴⁶². Il nuovo tipo di intervento pubblico è alla base sia della disciplina delle energie rinnovabili, sia di quella sui cambiamenti climatici: esso si fonda su una 'terza via' che prevede una combinazione di elementi di regolazione pubblica ed elementi di neo-contrattualismo nel governo di quella particolare tipologia di esternalità negative rappresentata dalle emissioni di gas a effetto serra.

Il sistema di tipo *cap-and-trade* si fonda sulla negoziazione di obblighi di conformazione rispetto ad una disciplina legale che crea nuovi beni giuridici e ne affida la gestione ai privati, attraverso strumenti di mercato. Il nuovo approccio regolatorio parte dalla constatazione che i singoli Stati non riescono a controllare i comportamenti degli operatori economici, né sono in grado di fissare il giusto prezzo dei livelli tributari da imporre con la leva fiscale.

Al fianco di questa premessa, la normativa europea riconosce, altresì, l'incapacità del mercato di autoregolamentarsi in modo da ripartire equamente i costi prodotti dall'inquinamento. In tale contesto, il diritto dell'Unione stabilisce che gli Stati membri, direttamente, e le imprese, indirettamente, siano chiamati a gestire e monitorare gli obblighi di riduzione delle emissioni attraverso il ricorso a strumenti di mercato.

La nuova regolamentazione europea sulle esternalità negativa, orientata al raggiungimento di risultati vincolanti, ha lo scopo di stabilizzare i livelli delle emissioni inquinanti, obbligando gli Stati membri a conformarsi alle traiettorie indicative prestabilite nei piani nazionali.

⁴⁶¹ In riferimento agli interventi pubblici per porre rimedio alle esternalità negative si rinvia alla lettura di G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *'Analisi economica del diritto pubblico'*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 81-86.

⁴⁶² M. PEETERS ET K. DEKETELAERE, *'EU climate change policy : the challenge of new regulatory initiatives'* Edward Elgar, 2006.

Il legislatore europeo si limita dunque a fissare obiettivi di sostenibilità della crescita economica da perseguire attraverso i principi di economicità e di flessibilità. Come è stato sottolineato, il principio di economicità della tutela ambientale si concretizza nella creazione di nuovi beni giuridici di matrice pubblica (certificati bianchi per il risparmio energetico, quote di emissione di Co₂, garanzie di origine per le rinnovabili) che vengono fatti circolare liberamente in nuovi mercati interni, aperti alla partecipazione dei privati. Il principio di flessibilità lascia, invece, agli Stati membri la discrezionalità necessaria per raggiungere gli obiettivi vincolanti, attraverso l'elaborazione di piani nazionali (nel caso della sistema ETS) e traiettorie indicative (nel caso delle rinnovabili) per sfruttare le potenzialità di ciascun sistema nazionale, ma secondo le rispettive capacità di ciascuno Stato membro.

Gli Stati membri e le imprese hanno la possibilità di sfruttare il loro potenziale nazionale con la negoziazione dei nuovi beni giuridici nei mercati interni (certificati bianchi, ETS, garanzie di origine), ovvero attraverso il ricorso ai meccanismi flessibili (ERU e CERs, nel caso delle misure climatiche; trasferimenti statistici, progetti comuni regimi di sostegno comuni, nel caso delle energie rinnovabili) che intendono favorire la cooperazione tra gli Stati membri e la cooperazione internazionale nella gestione dell'inquinamento.

Da un medesimo approccio regolatorio per entrambe le discipline discendono istituti giuridici simmetrici in quanto rispondenti a principi ispiratori comuni; tuttavia esistono ancora divergenze e incoerenze tra le due normative che dimostrano, forse, la non piena consapevolezza da parte del legislatore di muoversi all'interno di un'unica cornice legale.

Per colmare le asimmetrie tra la direttiva 2001/77/CE sulle rinnovabili e la direttiva ETS è stato opportunamente deciso di allineare la nuova disciplina sulle fonti rinnovabili al sistema ETS, sostituendo gli obiettivi indicativi della prima direttiva con nuovi obblighi vincolanti nell'impiego di fonti rinnovabili e nell'utilizzo di biocombustibili nel settore dei trasporti. L'allineamento ha avuto effetto anche sulla commerciabilità delle garanzie di origine e dei meccanismi flessibili plasmati ad immagine e somiglianza del mercato delle quote di emissioni e degli altri strumenti flessibili della lotta ai cambiamenti climatici.

Tuttavia, il procedimento di certificazione delle garanzie di origine e le regole sul trasferimento delle stesse non sono state armonizzate dalla nuova direttiva sulle rinnovabili, affidando agli Stati membri un margine di discrezionalità troppo ampio. Il compromesso che ha portato all'adozione della direttiva 2009/28/CE ha lasciato gli strumenti della 'garanzia di origine' in mezzo ad un guado: in effetti, le garanzie di origine sembrano qualcosa di più rispetto a semplici certificazioni che attestino ai consumatori l'origine dell'energia prodotta visto che, ai sensi dell'articolo 15 della direttiva, possono essere negoziate anche separatamente rispetto al trasferimento fisico dell'energia. Esse costituiscono però un *quid minus* rispetto alla negoziabilità delle quote di emissioni perché la normativa non si è spinta fino a creare un mercato interno

delle garanzie di origine. L'assenza di una disciplina uniforme finalizzata alla creazione di un mercato interno delle energie rinnovabili è confermata dal fatto che il riferimento agli articoli 95 CE (ora art. 114 TFUE) e 174 CE (ora art. 191 TFUE) come doppia base giuridica della nuova direttiva sulle rinnovabili non si estende alle garanzie di origine ed ai meccanismi flessibili, ma è limitata a quella parte della direttiva che si occupa dei biocarburanti. Infatti, l'armonizzazione dei criteri di sostenibilità dei biocarburanti vieta agli Stati membri di adottare misure che potrebbero ostacolare gli scambi degli stessi. L'incompiuta regolamentazione dei trasferimenti delle garanzie di origine e la mancata armonizzazione dei procedimenti di certificazione rischiano di ostacolare il libero scambio delle energie rinnovabili.

Considerando che l'aumento del peso delle energie rinnovabili costituisce un elemento chiave per raggiungere la sostenibilità energetica del sistema europeo, la necessità che le rinnovabili possano costituire la 'leva' per il conseguimento degli obiettivi di riduzione delle emissioni inquinanti avrebbe dovuto imporre uno sforzo maggiore da parte del legislatore europeo nell'imporre l'armonizzazione dei sistemi di certificazione delle energie rinnovabili. È facile prevedere che gli Stati membri opporranno resistenze al principio del mutuo riconoscimento delle garanzie di origine, generando un nuovo contenzioso che spetterà alla Corte di Giustizia di risolvere, ricorrendo al principio della libera circolazione delle merci ed alle deroghe consentite dai trattati.

Un ulteriore elemento di asimmetria tra la disciplina europea sui cambiamenti climatici e quella sulle fonti rinnovabili riguarda il profilo sanzionatorio; invero, la previsione di un nuovo obiettivo vincolante relativo all'impiego di fonti rinnovabili nella struttura energetica degli Stati membri avrebbe dovuto essere accompagnato da un meccanismo sanzionatorio nei confronti degli Stati inadempienti. L'analisi del periodo di sperimentazione legislativa sulla normativa ETS dimostra che l'efficacia delle normative ambientali sulla riduzione delle emissioni inquinanti dipende, in larga misura, dall'effettività del regime di deterrenza stabilito in caso di violazione degli obblighi di conformazione agli obiettivi vincolanti.

Infine, in riferimento al coinvolgimento degli enti privati, una maggiore sensibilizzazione nei confronti degli enti pubblici, dei consumatori e delle imprese sui benefici dello sviluppo e dell'impiego di energia da fonti rinnovabili avrebbe dovuto comportare l'eliminazione di tutti gli ostacoli amministrativi e le barriere all'accesso al mercato che frenano lo sviluppo delle energie rinnovabili. La creazione di sportelli unici per le rinnovabili, una regolamentazione comune delle norme urbanistiche, la fissazione di livelli minimi di consumo delle energie rinnovabili nei nuovi edifici, la creazione di un fondo unico per le rinnovabili, l'armonizzazione delle procedure relative al rilascio delle certificazioni e delle garanzie di origine sono solo alcuni degli strumenti che avrebbero consentito di attenuare la frammentazione del quadro normativo europeo sull'energia, eliminando i costi che derivano da procedure

amministrative nazionali ed attenuando i fallimenti informativi del mercato che attualmente ostacolano i consumatori europei e gli operatori economici ad un utilizzo consapevole delle fonti rinnovabili come strumento decisivo per la lotta ai cambiamenti climatici.

In conclusione, il riconoscimento che le discipline normative sul risparmio e l'efficienza energetica, sulle fonti rinnovabili e sui cambiamenti climatici facciano parte di un sistema giuridico comune spinge a chiedersi se non sia opportuno trasferire tutto il materiale legislativo in una nuova codificazione. Una nuova codificazione della disciplina energetica può risultare utile per ricomporre ad unità logico-giuridica un coacervo di norme attualmente disseminato in vari ambiti della normativa europea; essa può altresì garantire che i vari istituti originati dal diritto dell'Unione non vengano valutati singolarmente, ma anche nei loro rapporti reciproci, avendo riguardo all'impatto per il sistema giuridico complessivamente considerato.

CAPITOLO IV

LA DIMENSIONE ESTERNA DELLA POLITICA ENERGETICA EUROPEA

SEZIONE I – LA COMPETENZA DELL’UNIONE EUROPEA IN TEMA DI SICUREZZA DELL’APPROVVIGIONAMENTO ENERGETICO

1. Introduzione. – 2. La nozione di sicurezza energetica: problemi definitivi. – 3. La competenza dell’Unione europea in tema di sicurezza dell’approvvigionamento energetico. – 3.1. *La dimensione interna della sicurezza energetica alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia.* – 3.2. *L’impatto della legislazione europea relativa ai mercati interni dell’elettricità e del gas sulla sicurezza dell’approvvigionamento energetico.* – 3.3. *La sicurezza delle reti.* – 3.4. *La dimensione interna della sicurezza degli approvvigionamenti energetici: alcune considerazioni.* – 4. La dimensione esterna della sicurezza energetica. – 4.1. *L’azione esterna dell’Unione nel settore dell’energia.* – 4.2. *La competenza (implicita) esterna dell’Unione a concludere accordi internazionali in tema di energia.* – 4.3. *La ripartizione della competenza esterna tra l’Unione e gli Stati membri sulla sicurezza dell’approvvigionamento energetico.* – 5. L’impatto del Trattato di Lisbona sulla competenza esterna dell’Unione in tema di sicurezza dell’approvvigionamento energetico.

SEZIONE II – LA COOPERAZIONE INTERNAZIONALE IN TEMA DI SICUREZZA ENERGETICA

1. Il principio dell’interdipendenza energetica e la cooperazione internazionale in tema di sicurezza energetica. – 2. Gli accordi internazionali sull’energia. – 2.1. *L’accordo Energy Star.* – 2.2. *Il Trattato sulla Carta dell’energia.* – 2.2.1. *Gli obblighi del Trattato sulla Carta dell’energia rilevanti per la sicurezza energetica.* – 2.2.2. *Il sistema di risoluzione delle controversie.* – 2.2.3. *La diretta applicabilità delle norme del Trattato sulla Carta dell’energia alla luce della giurisprudenza comunitaria.* – 3. La sicurezza energetica nell’ambito delle relazioni tra l’Unione e la Russia. – 3.1. *La relazione energetica tra l’Unione e la Russia nel contesto della cooperazione internazionale.* – 3.2. *Il ‘dialogo energetico’ tra l’Unione e la Russia.* – 4. Natura ed effetti della ‘*clausola di solidarietà*’ in tema di sicurezza energetica. – 5. Alcune considerazioni (non) conclusive.

SEZIONE I – LA COMPETENZA DELL’UNIONE EUROPEA IN TEMA DI SICUREZZA DELL’APPROVVIGIONAMENTO ENERGETICO

1. Introduzione

Il diritto europeo dell’energia è venuto formandosi in modo estemporaneo, attraverso l’adozione di atti, di natura non vincolante, al fine di fronteggiare situazioni di crisi che minacciavano la sicurezza energetica⁴⁶³.

Come si è già avuto modo di sottolineare (v. *infra* Cap. I sez. II), il ‘paradosso energetico’ si può spiegare alla luce del fatto che, in principio, i problemi energetici erano legati alla produzione e all’uso dei prodotti carbosiderurgici, regolamentati attraverso il Trattato CECA, ed al commercio di materiale fissile nucleare, disciplinato attraverso il Trattato Euratom.

Prima della seconda guerra mondiale, il continente europeo era produttore di fonti energetiche e non aveva problemi di sicurezza energetica, potendo basare il proprio ciclo di produzione industriale sulle riserve di carbone⁴⁶⁴. Solo in seguito alla transizione energetica mondiale, dal carbone al petrolio, l’Europa si scoprì improvvisamente un continente ‘povero’ di energia con la necessità di importare beni energetici dai Paesi terzi. Da allora, il principale problema energetico degli Stati membri divenne quello di garantire la sicurezza dell’approvvigionamento di combustibili fossili. L’incapacità di fronteggiare, attraverso politiche nazionali, situazioni di crisi delle forniture spinse gli Stati membri a ricercare, sul terreno europeo, le misure idonee a contrastare e prevenire i rischi legati alla dipendenza energetica. All’indomani dello *shock* petrolifero del 1973, il quale rivelò drammaticamente la situazione di dipendenza nella quale versava la Comunità europea, i primi commentatori⁴⁶⁵ cominciarono a metter in luce la mancanza di disposizioni nel trattato di Roma in tema di energia.

⁴⁶³ V. Risoluzione adottata dal Consiglio il 17 settembre del 1974, ‘Una nuova strategia per la politica energetica della Comunità. Obiettivi dal 1975-1985’ e la Risoluzione adottata dal Consiglio il 16 settembre 1985: ‘Linee direttrici per le politiche energetiche degli Stati membri. Obiettivi dal 1985-1995’.

⁴⁶⁴ Prima dello scoppio della seconda guerra mondiale, il 90% dei bisogni energetici del continente europeo venivano soddisfatti attraverso il ricorso alle riserve di carbone. Per un approfondimento degli effetti del conflitto armato sulle infrastrutture energetiche della Comunità si rinvia a S. HAGHIGHI, ‘Energy security. The external legal relations of the European Union with major oil and gas supplying countries’, Hart Publishing, 2007, pp. 38-46.

⁴⁶⁵ C. BLUMANN, ‘Energie et Communautés européennes, Première Partie’, in *Rev. Trim. droit eur.*, 1984. Per una ricostruzione storico – giuridica della competenza comunitaria in materia di energia si veda Y. PETIT ‘A la recherche de la politique européenne de l’énergie’ in *Revue Trimestrielle de droit européenne* n. 4/06, Dalloz, Paris., pp. 594-620; V. P. MAILLET, ‘A la recherche de l’introuvable politique énergétique européenne’, in *Revue Marché Commun*, 1988 pp. 504 e ss.; F. BASTIANELLI, ‘La politica energetica dell’Unione europea e la situazione dell’Italia’ in *La Comunità internazionale* 3/2006, pp. 443-468.

Il fallimento dei piani energetici europei, fondati su obiettivi decennali di carattere non vincolante, mise in rilievo le carenze di un approccio regolatorio fondato su una fonte di *soft law* e lasciato alla spontanea convergenza delle politiche energetiche nazionali, aprendo la strada alla necessità di dotare la Comunità (ora l'Unione) di una competenza sulla sicurezza energetica.

Da allora, l'acuirsi della dipendenza energetica degli Stati membri⁴⁶⁶ rispetto ai Paesi terzi, produttori di combustibili fossili, ha accelerato il processo di espansione materiale della competenza europea in ambito energetico, rendendo sempre più necessaria la creazione di un quadro normativo stabile e vincolante dedicato alla sicurezza energetica.

Tradizionalmente, il riconoscimento dell'importanza strategica dei beni energetici aveva giustificato l'esenzione *tout court* della sicurezza energetica dalle materie di competenza dell'Unione. Il peculiare ruolo delle fonti energetiche, tali da renderle esiziali per l'esistenza stessa di uno Stato, in quanto da loro *'dipendono il funzionamento non solo dell'economia, ma soprattutto delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali, e perfino la sopravvivenza della popolazione'* era una ragione necessaria e sufficiente per mantenere la sicurezza energetica nell'ambito delle competenze degli Stati membri⁴⁶⁷.

Tuttavia, alcuni elementi di fatto (la crescita mondiale della domanda di energia⁴⁶⁸ ovvero le previsioni relative all'esaurimento dei combustibili fossili)⁴⁶⁹ combinanti con alcuni elementi normativi (la liberalizzazione dei mercati energetici, la creazione del mercato interno dell'elettricità e del gas) ed istituzionali (l'allargamento dell'Unione ai Paesi dell'est) hanno aumentato sia

⁴⁶⁶ I combustibili fossili rappresentano circa l'80% del consumo totale di energia nell'Unione europea, il 70% dei quali viene importato dai Paesi produttori di fonti energetiche. Il commercio estero relativo all'importazione dell'energia comporta una spesa sul bilancio commerciale che incide sul 3% del Pil europeo. Al momento, esistono all'interno della Comunità solo tre Paesi (Gran Bretagna, Danimarca ed Olanda) che non versano in una situazione di totale dipendenza energetica dalle importazioni.

⁴⁶⁷ Così, Sentenza della Corte del 10 luglio 1984, in causa C-72/83, *Campus Oil Limited*, in *Racc.* [1984] I-2727, punto 34.

⁴⁶⁸ I dati più recenti sul *trend* di aumento della domanda mondiale di energia sono rinvenibili sul *'World Energy Investment Outlook 2009'* pubblicato annualmente dall'Agenzia internazionale dell'energia (I.E.A.).

⁴⁶⁹ La questione relativa all'esauribilità dei combustibili fossili è particolarmente controversa: sebbene gli esperti del settore siano concordi nel ritenere che la limitatezza dei combustibili fossili (*in primis*, petrolio, carbone e gas) porterà necessariamente all'esaurimento delle fonti convenzionali di energia, le stime degli analisti divergono profondamente circa l'individuazione del *momento* in cui si raggiungerà il picco dell'energia, ovvero la fase in cui si consumeranno più risorse di quanto non ne verranno estratte nei giacimenti. Invero, le previsioni sul picco energetico dipendono da una moltitudine di variabili quali il costo dell'estrazione, la scoperta di nuovi giacimenti, nonché dal riferimento dei diversi concetti di risorse e riserve energetiche. Per una ricostruzione in materia si rinvia a C. J. CAMPBELL e J. H. LAHERRÈRE, *'The end of cheap oil'* in *Scientific American*, 1998, p. 80 e ss; e J. H. LAHERRÈRE, *World Oil Reserves: wich number to believe?* In *Opec Bulletin*, 2/1995, pp. 9 e ss; J. RIFKIN, *'Economia all'idrogeno'*, Mondadori, Milano, 2002, pp. 17-44; A. CLÒ, *'Il rebus energetico'*, Il Mulino, Bologna, 2007.

il grado di interdipendenza energetica interno, tra gli Stati membri, sia quello esterno, tra l'Unione ed i Paesi terzi produttori di fonti energetiche tradizionali. Nonostante l'acuirsi dell'interdipendenza energetica, l'azione dell'Unione ha continuato a dedicare attenzione al problema della sicurezza energetica con un approccio prevalentemente orientato alla dimensione interna dell'energia, nella convinzione che la creazione di un mercato interno dell'elettricità e del gas potesse costituire una risposta idonea a fronteggiare le minacce alla regolarità dei flussi provenienti dall'esterno. Tuttavia, come dimostrano (anche) le recenti crisi delle forniture energetiche in Ucraina (2006-2009) ed in Bielorussia (2008), l'azione dell'Unione si è dimostrata inefficace ad affrontare in modo risolutivo la questione della sicurezza energetica, non tenendo conto, in primo luogo, del necessario collegamento che sussiste tra gli aspetti interni della sicurezza energetica e gli aspetti esterni.

In reazione alle recenti crisi delle forniture si sono originate due diverse tipologie di soluzioni: da un lato, alcuni Stati membri (segnatamente l'Italia e la Germania) hanno deciso di proteggere le loro relazioni privilegiate con la Russia, consentendo alle società private dei rispettivi Paesi di concludere accordi di fornitura di lunga durata per tutelare la regolarità degli approvvigionamenti. Dall'altro lato, l'Unione ha cercato di elaborare, sotto la spinta propulsiva dei nuovi Stati membri, una strategia comune a livello europeo sulla sicurezza energetica.

Gli atti tipici ed atipici delle istituzioni europee, le norme interne a rilevanza esterna, gli accordi bilaterali di cooperazione e sviluppo ed i trattati internazionali multilaterali testimoniano la crescente attenzione dell'ordinamento europeo verso la dimensione esterna della politica energetica europea con particolare riferimento alla questione della sicurezza energetica⁴⁷⁰.

In questo capitolo, si procederà nella prima sezione ad analizzare il tema della rilevanza esterna della competenza interna dell'Unione, in tema di sicurezza dell'energia. Premessi brevi cenni sulla definizione legale di sicurezza energetica, si passerà ad individuare l'esistenza di una competenza (implicita) esterna dell'Unione sull'energia, tenendo conto dell'inestricabile vincolo che unisce le misure interne e quelle esterne alla luce della prassi degli atti interni

⁴⁷⁰ V. il Libro Verde della Commissione europea adottato il 29 novembre 2000 '*Verso una strategia europea di sicurezza dell'approvvigionamento energetico*' [COM(2000) 769 def]; Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo '*Relazione finale sul Libro verde 'Verso una strategia europea di sicurezza dell'approvvigionamento energetico*' COM(2002) 321; Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo '*Azione esterna: programma tematico per l'ambiente e la gestione sostenibile delle risorse naturali, compresa l'energia*' COM(2006) 20 def.; '*An External Policy to Serve Europe's Energy Interests*', (2006) presentato dalla Commissione e dall'Alto rappresentante J. Solana al Consiglio europeo; Conclusioni del Consiglio europeo del 23 e 24 marzo 2006, Parte II ed allegato III '*Una politica energetica per l'Europa*' 7775/1/06; da ultimo, v. Consiglio europeo di Bruxelles 29-30 Ottobre 2009, *Conclusioni della Presidenza*, 15265/09.

che hanno disciplinato la sicurezza energetica, nonché alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Successivamente, nella seconda sezione l'analisi avrà ad oggetto la competenza esterna dell'Unione sugli accordi internazionali di cooperazione energetica, con particolare riguardo alla ripartizione della competenza energetica esterna tra l'Unione e gli Stati membri, alla natura della stessa (esclusiva o concorrente), nonché ai suoi limiti. Infine, si valuterà l'azione energetica esterna dell'Unione in termini di coerenza ed efficacia, anche alla luce delle nuove disposizioni contenute nel Trattato di Lisbona.

2. La nozione di sicurezza energetica: problemi definitivi

Preliminarmente rispetto al tema della disciplina europea sulla sicurezza energetica è necessario convenire, sul piano terminologico, rispetto a cosa debba intendersi con l'espressione 'sicurezza energetica' a causa del valore polisemico della stessa.

Al momento non esiste un consenso generale sulla definizione di sicurezza energetica e questo è dovuto, in particolare, ad un insieme di elementi soggettivi ed oggettivi. Dal punto di vista soggettivo, la definizione di sicurezza energetica coinvolge una pluralità di attori (pubblici e privati, nazionali ed internazionali) e dunque l'approccio di analisi alla materia varia a seconda del tipo di soggetto coinvolto. Dal punto di vista oggettivo, la nozione di sicurezza energetica si compone di valutazioni economiche, politiche, tecniche che dipendono, *inter alia*, dal tipo di settore in cui viene condotta l'analisi e dal tipo di prodotto energetico preso in considerazione⁴⁷¹.

Un primo elemento di analisi sull'interpretazione dei dati normativi muove dalla premessa di una necessaria distinzione tra 'sicurezza energetica' e 'sicurezza dell'approvvigionamento energetico', benché spesso i termini vengano utilizzati indifferentemente come sinonimi.

La sicurezza energetica è un termine molto ampio e generico: esso viene usato in senso a-tecnico per descrivere tutti i rischi che attengono alle relazioni energetiche tra i Paesi consumatori ed i Paesi produttori di energia.

La sicurezza dell'approvvigionamento energetico è, invece, un termine tecnico dall'accezione più ristretta e specifica rispetto al *genus* della sicurezza energetica. Nel diritto dell'Unione europea la nozione di 'sicurezza dell'approvvigionamento energetico' è utilizzata per indicare tutti gli atti adottati dalle istituzioni europee per garantire la regolarità delle forniture di

⁴⁷¹ Ai fini della nostra indagine, il campo di osservazione della materia sarà limitato alla valorizzazione dei (soli) elementi giuridici presenti nel tema della sicurezza degli approvvigionamenti energetici ed analizzerà l'approccio regionale seguito dall'Unione europea per disciplinare gli obblighi che incombono sugli enti pubblici statali, al fine di assicurare l'accesso regolare alle fonti di energia, con una particolare attenzione al mercato interno del gas.

energia elettrica e gas, ovvero per tutelare la sicurezza tecnica della rete di trasmissione e distribuzione. L'espressione sicurezza dell'approvvigionamento energetico è utilizzata anche in riferimento agli obblighi giuridici relativi al mantenimento di riserve di petrolio e gas per fronteggiare eventuali interruzioni delle forniture⁴⁷².

In realtà, anche la nozione giuridica di sicurezza degli approvvigionamenti energetici non è unitaria: il diritto dell'Unione europea offre più definizioni normative, nessuna delle quali appare, invero, del tutto soddisfacente. La definizione più ampia è fornita dal Libro verde della Commissione 'Verso una strategia europea di sicurezza dell'approvvigionamento energetico' dove per essa si intende la 'disponibilità fisica e continua dei prodotti energetici sul mercato ad un prezzo accessibile a tutti i consumatori, privati ed industriali'⁴⁷³.

Il tentativo definitorio contenuto nel Libro Verde è il risultato di un compromesso che cerca di combinare insieme una nozione tecnica (il flusso regolare ed ininterrotto di energia nella rete) ed una nozione economica (la disponibilità di acquisto ad un prezzo di mercato ragionevole). Tuttavia, tale definizione, benché abbia il merito di cogliere le diverse componenti della tematica relativa alla sicurezza, risulta troppo ampia in quanto non chiarisce cosa debba intendersi per prezzo ragionevole, in particolare tenendo conto che l'infungibilità dei prodotti energetici rende, per definizione, il prezzo dell'energia sempre economicamente accessibile in quanto fondamentale per la vita quotidiana delle imprese e per i bisogni dei consumatori finali. Sarebbe stato più opportuno prevedere che la tutela della sicurezza dell'approvvigionamento energetico possa venire in rilievo, non per qualsiasi variazione dei prezzi dell'energia, ma solo nei casi di aumenti del prezzo che determinano un abbassamento del dinamismo economico e sociale, ovvero causano una riduzione della qualità della vita degli individui.

⁴⁷² Come verrà evidenziato in seguito, le direttive di liberalizzazione dei mercati energetici prendono in considerazione la dimensione interna della sicurezza degli approvvigionamenti energetici, ovvero gli aspetti relativi alla regolarità della fornitura di energia entro i confini dei mercati interni dell'elettricità e del gas. Ai sensi dell'articolo 2 delle direttive elettricità (Direttiva 2003/54/CE) e gas (Direttiva 2003/55/CE) per 'sicurezza' si intende la sicurezza dell'approvvigionamento di energia elettrica e gas, nonché la sicurezza della rete di trasmissione. La Direttiva 2005/89/CE concernente misure per la sicurezza dell'approvvigionamento di elettricità e per gli investimenti nelle infrastrutture tiene invece distinto il piano della sicurezza dell'approvvigionamento da quello della sicurezza della rete: ai sensi dell'articolo 2, la nozione di 'sicurezza dell'approvvigionamento di elettricità' è intesa come la capacità di una rete elettrica di rifornire di energia elettrica la previsione di domanda dei clienti finali, senza dover applicare misure di riduzione dei consumi. La distinta nozione di 'sicurezza operativa della rete' riguarda invece il funzionamento continuo della rete di trasmissione e, se del caso, di distribuzione in circostanze prevedibili.

⁴⁷³ Commissione europea, *Libro verde – Verso una strategia europea di sicurezza dell'approvvigionamento energetico*, Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, Lussemburgo, 2001, p. 10.

Invero, la ricerca di una definizione giuridica di sicurezza dell'approvvigionamento energetico dovrebbe partire dal riconoscimento che esistono diverse possibili nozioni normative, da cui possono discendere divergenti interpretazioni sul piano ermeneutico e differenti risposte sul piano legislativo per fronteggiare i rischi relativi a ciascun tipo di nozione.

In estrema sintesi, la nozione giuridica di sicurezza dell'approvvigionamento energetico può variare in funzione di due fattori: il tempo (breve, media e lunga durata) e lo spazio (nazionale, europeo, internazionale).

Delimitando il campo di analisi allo spazio europeo, si tratta di scomporre la nozione di sicurezza dell'approvvigionamento energetico in funzione del tempo al fine di distinguere tra regolarità degli approvvigionamenti, sicurezza della struttura energetica ed indipendenza energetica.

Tutelare la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nel breve termine significa garantire la regolarità delle forniture di energia elettrica e di gas ai clienti finali. Le minacce alla regolarità delle forniture possono essere causate sia da motivi di ordine politico (improvvisa interruzione delle forniture da parte dei Paesi esportatori di fonti energetiche), che da motivi di ordine naturale (*black out*, disastri naturali, interruzione delle linee di trasmissione della rete). Le principali misure normative a tutela della regolarità delle forniture possono riguardare la sicurezza della rete elettrica, attraverso un aumento della capacità di interconnessione della stessa, ovvero la predisposizione di piani di emergenza che prevedano l'imposizione di obbligo normativi, in capo agli Stati membri, per il mantenimento di una quantità minima di scorte di energia.

La sicurezza dell'approvvigionamento nel medio termine richiede, invece, la diversificazione della struttura dell'approvvigionamento energetico in modo da mitigare ed attenuare la dipendenza energetica rispetto ai Paesi produttori di energia. Ciò può essere reso possibile, non solo ricorrendo alle fonti rinnovabili nella scelta del *mix* energetico, ma anche attraverso la conclusione di accordi internazionali di cooperazione energetica che tengano conto del coordinamento tra le politiche commerciali, la politica estera e di sicurezza comune e le politiche di cooperazione e sviluppo per la stabilizzazione delle relazioni energetiche con i Paesi terzi.

Infine, l'obiettivo di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nel lungo termine mira al raggiungimento della completa indipendenza energetica dell'Unione, richiedendo una transizione del ciclo produttivo europeo dai combustibili fossili alle fonti rinnovabili, attraverso la revisione della filiera energetica, la de-verticalizzazione delle reti e l'espansione della capacità dell'Unione di produrre, all'interno del proprio territorio, l'energia di cui essa ha bisogno.

Evidentemente, mentre la dimensione interna della sicurezza energetica può costituire un valido strumento di garanzia della sicurezza degli approvvigionamenti nel breve periodo, per tutelare la sicurezza energetica nel medio e lungo termine, il mercato interno dell'energia può risultare

insufficiente, in quanto è necessario il riconoscimento di una competenza esterna dell'Unione in materia di sicurezza energetica.

Come si cercherà di dimostrare nel corso del capitolo, anche nell'energia è possibile verificare un fenomeno di progressivo allentamento del legame tra gli obiettivi interni e l'azione esterna, già realizzatosi in altri settori. L'inclusione di autonomi obiettivi esterni nella politica energetica europea può contribuire ad aiutare l'Unione nell'elaborazione di una politica energetica esterna che possa risultare coerente con l'azione interna, senza essere necessariamente legata alla continua ricerca di obiettivi interni⁴⁷⁴.

3. La competenza dell'Unione europea in tema di sicurezza dell'approvvigionamento energetico.

Com'è noto, il principio di attribuzione delle competenze ha un valore fondamentale (*rectius*: costituzionale) richiedendo che l'azione dell'Unione trovi il suo fondamento normativo nei trattati. L'estensione della competenza dell'Unione è possibile, in primo luogo, attraverso il processo di revisione dei trattati e, in secondo luogo, attraverso l'interpretazione evolutiva della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Nonostante l'inclusione del riferimento all'energia con il trattato di Maastricht (articolo 3 lett. t), ora articolo 3 lett. u) fino all'entrata in vigore del trattato di Lisbona non esisteva una base giuridica in materia di sicurezza dell'approvvigionamento energetico, dovendosi fare riferimento all'articolo 308 CE (ora art. 352 TFUE).

Tuttavia, tale lacuna normativa non ha impedito l'espansione materiale delle competenze dell'Unione in *subiecta materia*. La Corte di Giustizia ha riconosciuto prima la competenza (implicita) interna, pronunciandosi sugli atti interni di diritto derivato rivolti alla creazione del mercato dell'elettricità e del gas; successivamente, è stato possibile estendere la giurisprudenza della Corte sul riconoscimento delle competenze (implicite) esterne, elaborata sulla base delle diverse teorie del parallelismo delle competenze e delle competenze potenziali, anche nel campo della sicurezza degli approvvigionamenti⁴⁷⁵.

Sebbene il tema della sicurezza degli approvvigionamenti sia stato affrontato prevalentemente sotto il profilo della dimensione interna, anche in virtù dell'impatto della dimensione ambientale e del ruolo dei cambiamenti climatici nella protezione degli investimenti nei settori energetici, la dimensione esterna della sicurezza energetica ha acquisito negli ultimi anni un rilievo centrale,

⁴⁷⁴ M. CREMONA, 'Defining competence in EU External Relations: lessons from the Treaty Reform Process' in A. DASHWOOD e M. MARESCAU (a cura di). 'Law and Practice of EU External Relations', Cambridge University Press, 2008, pp. 34-69.

⁴⁷⁵ Per un approfondimento sulla questione si rinvia a, L. S. ROSSI, 'Conclusione di accordi internazionali e coerenza del sistema: l'esclusività della competenza comunitaria' in *Riv. dir. internaz.* 4/2007, pp. 1008 e ss.

portando la Comunità (ora l'Unione) a stipulare accordi internazionali in materia di energia (es. il Trattato sulla Carta dell'Energia) e ad elaborare accordi di partenariato energetico con i Paesi produttori di combustibili fossili. Seguendo lo sviluppo cronologico, si procederà ad analizzare separatamente la questione della competenza dell'Unione in materia di sicurezza dell'approvvigionamento energetico, facendo riferimento prima alla competenza interna e poi a quella esterna. In entrambi i casi, l'indagine sulla sussistenza della competenza alla luce della legislazione di diritto derivato e della pertinente giurisprudenza della Corte di Giustizia sarà preliminare rispetto alla valutazione della natura (esclusiva o concorrente) della stessa e della ripartizione delle responsabilità tra Stati membri e Unione sulla sicurezza dell'approvvigionamento energetico.

3.1. La dimensione interna della sicurezza energetica alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia

La creazione del mercato interno dell'elettricità e del gas è uno degli strumenti di cui dispongono gli Stati membri e le istituzioni dell'Unione per garantire la regolarità delle forniture di energia.

Il tema della sicurezza dell'approvvigionamento energetico è stato dunque affrontato in primo luogo sotto il profilo della dimensione interna, con particolare riferimento agli atti relativi al funzionamento del mercato interno dell'energia elettrica e del gas.

Prima ancora della legislazione comunitaria è stata la Corte di Giustizia a pronunciarsi sul contenuto e sulla portata della sicurezza dell'approvvigionamento energetico, attraverso il ricorso alla deroga della pubblica sicurezza, prevista dall'articolo 30 del trattato CE (ora art. 36 TFUE) sulla libera circolazione delle merci e, più recentemente, attraverso il ricorso alla categoria delle esigenze imperative.

La Corte di Giustizia ha precisato, in più riprese, la natura ed i limiti della restrizione alla libera circolazione dei prodotti energetici, giustificata da motivi di sicurezza dell'approvvigionamento.

Nella sentenza *Campus Oil*⁴⁷⁶ del 10 luglio 1984, la Corte ha qualificato una normativa interna che imponeva l'obbligo a tutti gli importatori di rifornirsi di prodotti petroliferi, per una determinata percentuale del loro fabbisogno, presso una raffineria situata nel territorio nazionale come una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa.

Tuttavia, benché la misura nazionale avesse un effetto restrittivo sulla libera circolazione dei prodotti petroliferi⁴⁷⁷ poteva essere giustificata ai sensi della

⁴⁷⁶ Sentenza *Campus Oil Limited*, *prec. cit.*

⁴⁷⁷ Contrariamente rispetto a quanto sostenuto dal Governo irlandese, la Corte di Giustizia ha chiarito che il campo di applicazione del principio della libera circolazione delle merci si applica

deroga prevista dall'articolo 30 CE (ora art. 36 TFUE); in base al ragionamento della Corte, garantire in ogni momento un rifornimento minimo di prodotti costituisce uno scopo che può legittimamente rientrare tra i motivi di tutela della pubblica sicurezza.

Com'è noto, l'articolo 36 TFUE non si propone di riservare determinate materie alla competenza esclusiva degli Stati membri, ma consente solo che le normative nazionali derogino al principio fondamentale della libera circolazione delle merci, nei limiti in cui queste siano idonee al raggiungimento del risultato e non vadano oltre quanto necessario per il conseguimento degli scopi previsti. Il valore strategico dei prodotti petroliferi non comporta dunque, di per sé, l'esenzione degli stessi dal campo di applicazione della libera circolazione delle merci, ma viene in rilievo come motivo che può giustificare l'adozione di misure restrittive per ragioni relative alla sicurezza degli approvvigionamenti energetici, in quanto espressione specifica nel campo dell'energia della più ampia nozione generale di pubblica sicurezza.

Nel caso in cui, invece, sussista già una normativa dell'Unione a tutela della sicurezza degli approvvigionamenti energetici, il ricorso alla deroga contenuta dall'articolo 36 TFUE non è più giustificato, salvo che le misure adottate non risultino a loro volta insufficienti a garantire la tutela degli interessi di pubblica sicurezza, rendendosi dunque necessario il ricorso a misure nazionali di carattere integrativo⁴⁷⁸.

In tale contesto, la direttiva del Consiglio 20 dicembre 1968 n. 68/414/CEE⁴⁷⁹ e la direttiva 73/238/CEE⁴⁸⁰ imponevano agli Stati membri di mantenere un livello minimo di scorte⁴⁸¹. Tuttavia, la normativa europea lasciava un certo margine di manovra agli Stati membri, in particolare per quelli che si trovano in una situazione di totale dipendenza energetica dalle importazioni di prodotti petroliferi. Alla luce della normativa dell'Unione in vigore all'epoca dei fatti non si poteva dunque escludere che uno Stato membro potesse legittimamente fare ricorso alla deroga della pubblica sicurezza per giustificare provvedimenti

a tutte le merci, e dunque anche ai prodotti petroliferi, con le sole eccezioni espressamente contemplate dallo stesso trattato. (Sentenza *Campus Oil*, *prec. cit.*, punto 17). Non è dunque possibile dedurre l'esclusione dei prodotti energetici dal campo di applicazione del trattato soltanto perché rivestono una valenza strategica per la vita del Paese ovvero per l'economia di uno Stato membro. Più diffusamente sul punto, si rinvia al Capitolo II, Sez. I, par. 1.

⁴⁷⁸ V. *Campus Oil*, *prec. cit.* punto 27.

⁴⁷⁹ Direttiva del Consiglio 20 dicembre 1968 n. 68/414/CEE (in GU L 308, pag. 14).

⁴⁸⁰ Direttiva del Consiglio n. 73/238/CEE (in GU L 228, pag. 1)

⁴⁸¹ Inoltre, la Decisione del Consiglio 7 Novembre 1977, n. 77/706 (in GU L 292, pag. 9), contemplava la fissazione di un obiettivo comunitario di riduzione del consumo in caso di difficoltà di approvvigionamento e la ripartizione fra gli Stati membri dei quantitativi risparmiati. Infine, la decisione del Consiglio 14 febbraio 1977, n. 77/186 (in GU L 61, pag. 23), istituiva un sistema di autorizzazioni all'esportazione, rilasciate automaticamente, per consentire di seguire l'andamento degli scambi intracomunitari.

nazionali di carattere integrativo rispetto alla normativa dell'Unione a tutela della sicurezza degli approvvigionamenti energetici.

Ai fini della nostra analisi è utile sottolineare che, nella sentenza *Campus Oil*, la qualificazione della sicurezza degli approvvigionamenti energetici come ipotesi rientrante nella deroga della pubblica sicurezza prevista dall'articolo 30 CE (ora 36 TFUE), si sia fondata essenzialmente su tre elementi: il riconoscimento del carattere eccezionale e strategico dei prodotti petroliferi, la situazione di totale o quasi totale dipendenza del mercato irlandese dalle importazioni energetiche e, infine, l'assenza di una disciplina europea uniforme sulla sicurezza degli approvvigionamenti.

Solo pochi anni più tardi, con la sentenza del 13 Dicembre 1990 nella causa *Commissione c. Grecia*⁴⁸² la Corte sembra avere, in qualche modo, sfumato la propria giurisprudenza in materia di sicurezza dell'approvvigionamento energetico. In questo caso, si trattava di statuire su una procedura di infrazione nei confronti della Grecia, responsabile di aver mantenuto una normativa nazionale che prevedeva la conservazione, in capo allo Stato, di diritti esclusivi relativi all'importazione ed alla commercializzazione dei prodotti petroliferi. La normativa nazionale greca prevedeva un regime di quote di commercializzazione e sottoponeva i programmi annuali di approvvigionamento delle società di distribuzioni nazionale al controllo ed all'approvazione delle autorità elleniche.

Il governo greco si era difeso in giudizio sostenendo che la presentazione dei programmi di approvvigionamento fosse una misura indispensabile per consentire alle autorità elleniche di determinare la propria politica energetica allo scopo di assicurare la regolare copertura del fabbisogno statale di prodotti petroliferi; alla luce della giurisprudenza *Campus Oil*, il governo greco riteneva giustificato il mantenimento della misura controversa.

Tuttavia, in tale occasione la Corte di Giustizia è pervenuta ad un esito diverso rispetto al caso precedente, statuendo l'incompatibilità della normativa nazionale greca rispetto agli artt. 30, 34 e 37, par. 1, del Trattato CEE (ora, rispettivamente, artt. 36, 40, 43 TFUE). Più in particolare, il regime delle quote di commercializzazione costituiva una restrizione al commercio intracomunitario perché privava le società distributrici di energia della possibilità di determinare liberamente la quantità di prodotti energetici che esse potevano acquistare presso gli altri operatori economici. Inoltre, una restrizione di questo genere non poteva nemmeno essere giustificata da motivi di sicurezza dell'approvvigionamento energetico; pur considerando che la programmazione pubblica dell'approvvigionamento potesse costituire una misura idonea a tutelare la regolarità delle forniture di energia, tale misura andava oltre quanto necessario rispetto al raggiungimento dell'obiettivo, dal momento che in Grecia

⁴⁸² Sentenza della Corte di Giustizia del 13 dicembre 1990, in causa C-347/88, *Commissione c. Repubblica ellenica* in Racc. [1990], pag. I-4747.

già esistevano raffinerie appartenenti al settore pubblico in grado di soddisfare il fabbisogno minimo dello Stato di fronte a situazioni di crisi energetiche⁴⁸³. In questo caso, dunque, il giudizio di proporzionalità della Corte sembra essersi spinto più in profondità rispetto al precedente, arrivando a limitare, attraverso il sindacato sul test di necessità, la discrezionalità del legislatore nazionale nel mantenimento di misure relative al raggiungimento della sicurezza degli approvvigionamenti energetici.

Il diverso orientamento della Corte, rispetto al giudizio di proporzionalità sulle misure relative alla sicurezza dell'approvvigionamento energetico, non è circoscrivibile (solo) al differente contesto fattuale delle cause. Esso segnala piuttosto il convincimento dei giudici che la regolarità delle forniture possa dipendere in gran parte dal commercio intracomunitario dei prodotti energetici e che le misure di programmazione degli approvvigionamenti debbano essere strettamente limitate al soddisfacimento di un bisogno minimo degli Stati membri rispetto ad ipotesi di crisi delle forniture. D'altronde, il contesto di fiducia nei benefici del commercio intracomunitario dei prodotti energetici rispetto al problema della sicurezza degli approvvigionamenti era uno degli elementi alla base del primo pacchetto di direttive di liberalizzazione dei mercati energetici nazionali che, di lì a poco, sarebbe stato adottato⁴⁸⁴.

Successivamente, con la sentenza *PreussenElektra AG*⁴⁸⁵ la Corte sembra voler compiere un ulteriore passo in avanti rispetto al possibile affrancamento della sicurezza dell'approvvigionamento energetico dalla deroga espressamente prevista per motivi di pubblica sicurezza. Infatti, benché il giudizio della Corte riguardasse la possibilità di giustificare la legislazione nazionale tedesca per esigenze imperative connesse alla tutela dell'ambiente, è interessante sottolineare in che modo il tema della sicurezza degli approvvigionamenti energetici sia stato affrontato dall'avvocato generale Jacobs nelle sue conclusioni.

Secondo Jacobs l'articolo 30 CE (ora art. 36 TFUE) potrebbe non coprire più questioni relative alla sicurezza degli approvvigionamenti energetici, in quanto le (prime) direttive dell'elettricità e del gas avevano già disciplinato, a livello europeo, la materia prevedendo una serie di misure necessarie a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento. La giurisprudenza *Campus Oil* andrebbe dunque considerata come un'ipotesi eccezionale, confinata ai soli prodotti petroliferi, e non estendibile, ad esempio, alle fonti rinnovabili. Il carattere eccezionale della pronuncia ne impedirebbe dunque un'estensione in via

⁴⁸³ *Commissione c. Repubblica ellenica*, cit. punto 60.

⁴⁸⁴ Per un approfondimento sulle Direttiva 96/92/CE e Direttiva 96/98/CE in materia di creazione del mercato interno dell'elettricità e del gas si rinvia al Capitolo II, Sez. I, par. 3.

⁴⁸⁵ Sentenza della Corte di Giustizia del 13 marzo 2001, in causa C-379/98, *PreussenElektra AG*, in *Racc.* [2001], p.I-2099; per un approfondimento sulla sentenza si rinvia al Capitolo II, Sez. II, par.4.3.1. ed alla bibliografia ivi citata *sub* nota 55.

analogica, imponendo di restringerne il campo di applicazione alla luce del particolare contesto storico e giuridico in cui si situavano i fatti in causa⁴⁸⁶.

Le argomentazioni dell'avvocato generale meritano qualche ulteriore considerazione rispetto ai successivi sviluppi normativi sul mercato interno dell'energia, anche tenendo conto dell'impatto che il processo di liberalizzazione dei mercati energetici e la normativa dell'Unione sulle fonti rinnovabili hanno avuto sulla sicurezza degli approvvigionamenti energetici.

In primo luogo, vi è da chiedersi se il riconoscimento del valore strategico dei prodotti petroliferi rispetto alla sicurezza sia estendibile o meno rispetto alle fonti rinnovabili di energia.

La disciplina europea ed internazionale sulle fonti rinnovabili⁴⁸⁷ ha progressivamente esteso l'obbligo di ricorrere alle fonti alternative nella struttura dell'approvvigionamento energetico degli Stati membri a scapito dei combustibili fossili. La tendenza sembra essere quella di riconoscere all'impiego di fonti rinnovabili nel *mix* energetico la stessa importanza e la stessa strategicità che prima era riservata ai (soli) combustibili fossili. Ne consegue che, attualmente, la normativa europea sulle fonti rinnovabili non persegue solo obiettivi di protezione dell'ambiente, ma anche obiettivi di tutela della sicurezza dell'approvvigionamento energetico, in considerazione del crescente peso che le fonti rinnovabili ricoprono nella struttura del fabbisogno energetico e dei benefici che la loro natura, interna e diffusa, può avere in situazioni di interruzioni delle forniture di energia⁴⁸⁸.

Inoltre, vi è un ulteriore punto delle argomentazioni svolte dall'avvocato generale Jacobs che merita qualche riflessione: considerando l'evoluzione del diritto dell'Unione sui mercati dell'elettricità e del gas, è possibile affermare

⁴⁸⁶ 'In my view, Article 36 cannot be relied on either in respect of security of supply. The Court admittedly held in *Campus Oil* that the aim of ensuring a minimum supply of petroleum products at all times is to be regarded as capable of constituting an objective covered by the concept of public security. In the first place, however, it is doubtful whether recourse to Article 36 is still possible given the fact that the electricity directive provides for types of measures necessary to ensure security of supply. Moreover wind as an energy source is not yet as important for the modern economy as petroleum products. The special economic role of petroleum products was a decisive factor in the Court's rather exceptional judgment in *Campus Oil*. Finally the StrEG 1998 pursues essentially environmental objectives and the admittedly positive consequences for security of energy supply are only side-effects of the Law in issue.' (così, Avv. Gen. F. Jacobs, punto 209, *PreussenElektra AG*, *prec. cit.*).

⁴⁸⁷ Sul punto, si rinvia al capitolo III, sez. II e III.

⁴⁸⁸ L'esistenza di uno stretto collegamento tra il pilastro ambientale della politica energetica europea e quello relativo alla sicurezza energetica è messo in rilievo da numerosi atti comunitari come dimostra anche la Comunicazione 'Azione esterna: Programma tematico per l'ambiente e la gestione sostenibile delle risorse naturali, compresa l'energia' *prec. cit.* Con particolare riguardo al ruolo dei cambiamenti climatici nella protezione degli investimenti energetici ed al loro impatto sulla sicurezza dell'approvvigionamento energetico si rinvia a A. BOUTE, 'Combating Climate Change and Securing Electricity Supply: The Role of Investment Protection Law', in *Eur. Env. Law Review*, 2007, pp. 227-248.

che si sia verificato un effetto di *pre-emption*, tale da precludere l'azione degli Stati membri in materia di sicurezza dell'approvvigionamento, oppure l'assenza di una piena armonizzazione in materia può lasciare ancora agli Stati membri uno spazio residuale di manovra, al fine di adottare misure restrittive del commercio intracomunitario dei prodotti energetici per motivi di sicurezza dell'approvvigionamento?

Nel rispondere a tale quesito la successiva giurisprudenza ha seguito un andamento alquanto incerto ed oscillante; in taluni casi, la Corte ha ammesso il ricorso alla deroga per motivi di pubblica sicurezza. Ciò è avvenuto, ad esempio, nel caso di norme nazionali a tutela della regolarità delle forniture, in considerazione del fatto che la disciplina europea non regolamenta in maniera piena e completa le misure relative alla sicurezza dell'approvvigionamento energetico⁴⁸⁹. In altri casi, la Corte di Giustizia ha riconosciuto alla sicurezza dell'approvvigionamento energetico un valore autonomo rispetto alla deroga della pubblica sicurezza, configurandola come un'ulteriore ipotesi di esigenza imperativa. Più in particolare, nella sentenza *Commissione c. Francia*, i giudici hanno stabilito che la continuità dell'approvvigionamento di prodotti petroliferi in caso di crisi delle forniture di prodotti energetici rientra, in linea di principio, tra i motivi imperativi di interesse generale⁴⁹⁰. Infine, in altre ipotesi la sicurezza dell'approvvigionamento energetico è stata ricompresa sotto la categoria degli obblighi di servizio pubblico che possono essere imposti a determinate imprese operanti nei mercati dell'elettricità e del gas ai sensi dell'articolo 86, par. 3, del Trattato CE (ora art. 106, par. 3, TFUE)⁴⁹¹.

Per l'applicabilità dell'effetto di *pre-emption* sulla sicurezza degli approvvigionamenti energetici è necessario esaminare la normativa europea sul mercato interno dell'elettricità e del gas ed indagare quali siano i limiti che gli Stati membri e le istituzioni europee incontrano nell'effettivo esercizio della competenza concorrente sulla dimensione interna della sicurezza energetica.

⁴⁸⁹ In tal senso vedi la sentenza della Corte di Giustizia del 26 marzo 2009, in causa C-326/07, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicata. In particolare, la Corte ha in questo caso riconosciuto, per quanto riguarda le imprese operanti nei settori del petrolio, delle telecomunicazioni e dell'elettricità, che l'obiettivo di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di tali prodotti o la fornitura di tali servizi, in caso di crisi, sul territorio dello Stato membro di cui trattasi può costituire un motivo di pubblica sicurezza e, pertanto, giustificare una restrizione a una libertà fondamentale (v. anche sentenza 13 maggio 2003, *Commissione c. Spagna*, cit., punto 71).

⁴⁹⁰ In tal senso, sentenza della Corte di Giustizia del 4 giugno 2002, in causa C-483/99, *Commissione c. Francia*, in Racc. [2002], p. I-4781, punto 24; V. anche conclusioni dell'avvocato generale Mazák nella sentenza della Corte del 22 maggio 2008 in causa C-439/06, *Citiworks*, in Racc. [2008], p. I-3913, punto 93 dove si riconosce che la normativa comunitaria cerca di 'ponderare l'esigenza di garantire l'accesso dei terzi alla rete con la salvaguardia di interessi generali di carattere imperativo come la sicurezza degli approvvigionamenti di energia[...]'.

⁴⁹¹ Sentenza della Corte di Giustizia del 7 giugno 2005, in causa C-17/03, *VEMW e altri*, in Racc.[2005], p. I-4983 e Sentenza della Corte di Giustizia del 09 ottobre 2008, *Sabatauskas e altri*, in Racc. [2008], p.I-7523.

3.2. L'impatto della legislazione europea relativa ai mercati interni dell'elettricità e del gas sulla sicurezza dell'approvvigionamento energetico

Il mercato interno dell'elettricità e del gas contribuisce a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico poiché gli scambi intracomunitari di energia servono a proteggere l'Unione e gli Stati membri dalle interruzioni di fornitura provenienti dall'esterno. Un mercato interno dell'energia di dimensione europea è uno strumento indispensabile per tutelare la sicurezza e l'efficacia dell'approvvigionamento: la concorrenza nei mercati europei dell'energia garantisce la presenza di una pluralità di fornitori, assicura il dinamismo dell'offerta e della domanda e serve ad attrarre gli investimenti nelle infrastrutture energetiche. L'effetto combinato di tutti questi elementi serve a proteggere i consumatori e le imprese europee da eventuale irregolarità nel flusso di energia proveniente dai Paesi produttori di combustibili fossili.

Nell'esercizio (in via di fatto) della competenza concorrente sulla disciplina dei mercati energetici ed in conformità al fondamentale principio di sussidiarietà, l'Unione interviene per arginare situazioni di crisi nella fornitura di petrolio, elettricità e gas, solo quando l'interruzione delle forniture rivesta caratteri di gravità tali per cui non risulti sufficiente l'azione realizzata dagli Stati membri.

L'azione dell'Unione a tutela della sicurezza degli approvvigionamenti si è concentrata principalmente in tre settori: la costituzione di riserve di petrolio e gas, il coordinamento dei piani di gestione delle scorte in situazioni di crisi delle forniture e la sicurezza fisica delle infrastrutture energetiche.

In riferimento alla creazione delle riserve di petrolio, il riconoscimento della dipendenza di tutti gli Stati membri dell'Unione dalle importazioni di prodotti petroliferi è alla base dell'adozione della direttiva 2006/67/CE che impone l'obbligo di costituire e mantenere un livello minimo di scorte di petrolio per potenziare la sicurezza degli approvvigionamenti di tali prodotti in caso di interruzione improvvisa delle forniture⁴⁹².

Sulla base dell'articolo 122 TFUE (già art. 100 CE) l'Unione ha il potere di adottare tutte le misure che ritiene più adeguate per fronteggiare gravi situazioni di difficoltà nell'approvvigionamento di taluni prodotti, tra cui rientrano, in primo luogo, i beni energetici. La direttiva 2006/67/CE obbliga ciascuno Stato membro a costituire un livello minimo di riserva, pari ad almeno 90 giorni del consumo medio giornaliero e a mettere le scorte a disposizione di altri Stati membri qualora insorgano crisi nell'approvvigionamento di petrolio. In forza dell'articolo 10 della summenzionata direttiva, in caso di difficoltà nell'approvvigionamento di petrolio nell'intera Unione, la Commissione, su

⁴⁹² Direttiva 2006/67/CE del Consiglio del 24 luglio 2006 che stabilisce l'obbligo per gli Stati membri di mantenere un livello minimo di scorte di petrolio greggio e/o di prodotti petroliferi (in GU L 217, p. 8).

richiesta di uno Stato membro o di propria iniziativa, può avviare le consultazioni fra gli Stati membri.

In conformità alle disposizioni contenute nella direttiva, sia prima dell'avvio delle consultazioni da parte della Commissione che durante le stesse, gli Stati membri devono astenersi dall'effettuare prelievi sulle scorte che possano ridurle sotto il livello minimo obbligatorio previsto, salvo che l'impiego delle scorte non sia dovuto a situazioni di particolare urgenza o non sia richiesto dalla necessità di soddisfare bisogni locali di lieve entità.

L'organizzazione ed il mantenimento delle scorte dei prodotti petroliferi ha un duplice scopo: nella prospettiva del buon funzionamento del mercato interno, essi servono a neutralizzare gli effetti inflattivi dei prezzi connessi ad improvvise interruzioni delle importazioni di petrolio che potrebbero compromettere il regolare funzionamento del mercato dell'elettricità. Nella prospettiva della sicurezza energetica, invece, la disciplina sulle scorte si fonda sul principio di solidarietà tra gli Stati membri e serve a stabilire un elevato livello di protezione dell'approvvigionamento di petrolio all'interno dell'Unione.

Per quanto riguarda il mercato del gas, la normativa del diritto dell'Unione tiene conto delle differenze strutturali tra il gas e l'elettricità⁴⁹³. Diversamente dal mercato elettrico, la congestione fisica dei gasdotti non è frequente poiché le maggiori restrizioni agli scambi transfrontalieri di gas sono dovute essenzialmente a ragioni normative e non a ragioni tecniche legate alla capacità fisica della rete. In secondo luogo, un'importante differenza tra il gas e l'elettricità è rappresentata dalla possibilità di conservare il gas attraverso lo stoccaggio in forma di gas naturale liquefatto (GNL); in teoria, l'andamento stagionale della domanda di gas e la capacità di immagazzinamento dovrebbero consentire una maggiore possibilità di pianificarne il consumo, anche in caso di interruzione improvvisa delle importazioni dai Paesi terzi.

Ai fini del completamento del mercato interno del gas si è reso dunque necessario adottare un approccio minimo comune a tutela della regolarità delle forniture, con particolare riferimento all'imposizione di obblighi di sicurezza imposti in capo alle imprese energetiche detentrici di posizioni dominanti in tali mercati. In tale prospettiva, è stato adottato il regolamento 1175/2005/CE⁴⁹⁴ avente lo scopo di istituire regole eque per le condizioni di accesso ai sistemi di trasporto del gas naturale. L'amministrazione della congestione fisica e contrattuale delle reti è un elemento importante per il completamento del mercato interno del gas e rende necessario lo sviluppo di norme comuni in

⁴⁹³ Per un approfondimento sulle distinzioni merceologiche e geografiche tra il mercato dell'elettricità e del gas si rinvia al Capitolo II, Sez. II., par. 1.1 - 1.4.

⁴⁹⁴ Regolamento (CE) n. 1175/2005 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 settembre 2005 relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale (in GU L 289, p. 1).

grado di conciliare la necessità di liberare la capacità non utilizzata con il diritto dei titolari di utilizzarla quando necessario, aumentando la liquidità della stessa. Più in particolare, la normativa europea stabilisce il principio della non discriminazione per le tariffe di accesso alla rete al fine di garantire che le stesse rispecchino i costi effettivamente sostenuti dall'operatore e siano calcolate dai gestori di sistemi di trasporto in modo trasparente, senza costituire un ostacolo agli scambi intracomunitari di gas.

Inoltre, il regolamento prevede che, in caso di congestione fisica e tecnica, il gestore dei sistemi di trasporto e le competenti autorità di regolamentazione applichino meccanismi di attribuzione delle capacità in conformità al principio dell'assegnazione di capacità congestionata, su basi trasparenti e non discriminatorie.

Ancora, in riferimento alla sicurezza dell'approvvigionamento del gas, la direttiva 2004/67/CE ha contribuito a chiarire la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e le istituzioni europee in caso di interruzione delle forniture. La direttiva stabilisce che spetta in primo luogo agli Stati membri il compito di predisporre piani nazionali di emergenza allo scopo di consentire agli operatori di mercato di fronteggiare situazioni di crisi di approvvigionamento di gas⁴⁹⁵. Solo in caso di *gravi* interruzioni delle forniture⁴⁹⁶ trova applicazione un meccanismo europeo che prevede il coinvolgimento della Commissione e del 'Gruppo di coordinamento del gas'⁴⁹⁷

⁴⁹⁵ Direttiva 2004/67/CE del Consiglio del 26 aprile 2004 concernente misure volte a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di gas naturale (in GU L 127, p. 92).

⁴⁹⁶ La nozione di grave interruzione di approvvigionamento di gas si ricava dal combinato disposto degli articoli 2 e 8 della direttiva 2004/67/CE: l'articolo 2 contiene una definizione generale per cui risulta grave quella situazione di crisi dell'approvvigionamento di gas in cui la Comunità rischia di perdere oltre il 20 % delle proprie forniture di gas provenienti da paesi terzi. L'articolo 8 stabilisce, invece, una nozione di carattere residuale di 'gravità' estendendo l'intervento della Comunità anche in quelle situazioni che, per ampiezza o eccezionalità dell'evento, non possono essere adeguatamente gestite con misure nazionali.

⁴⁹⁷ Ai sensi dell'articolo 7 della direttiva 2004/67/CE, il Gruppo di coordinamento del gas è composto dai rappresentanti degli Stati membri, da organismi rappresentativi dell'industria interessata e dei pertinenti consumatori, sotto la presidenza della Commissione. Il Gruppo ha la funzione di agevolare il coordinamento delle misure di sicurezza dell'approvvigionamento del gas.

Ai sensi dell'articolo 9 della summenzionata direttiva, qualora si verifichi una situazione che possa comportare una grave interruzione dell'approvvigionamento per un periodo di tempo significativo o una delle situazioni segnalate da uno Stato membro a norma dell'articolo 8, paragrafo 3, la Commissione convoca il gruppo non appena possibile, su richiesta di uno Stato membro ovvero di propria iniziativa. Il gruppo esamina e, se del caso, assiste gli Stati membri nel coordinamento delle misure adottate a livello nazionale per far fronte alla grave interruzione dell'approvvigionamento. Nello svolgere la sua attività, il gruppo tiene pienamente conto dei seguenti elementi:

a) misure adottate dall'industria del gas come prima reazione alla grave interruzione dell'approvvigionamento;

per armonizzare le misure adottate a livello nazionale ed assistere gli Stati maggiormente colpiti dall'interruzione dell'approvvigionamento. Infine, il terzo settore di particolare importanza per garantire la regolarità delle forniture di energia riguarda la normativa europea sulla sicurezza delle infrastrutture energetiche.

3.3. La sicurezza delle reti

La sicurezza delle forniture di energetica richiede l'aumento della capacità di interconnessione tra le infrastrutture energetiche dei vari mercati nazionali ed il mantenimento di un adeguato livello degli investimenti nelle reti di trasmissione, sia di quelle interne al territorio europeo, sia di quelle esterne che consentono il trasporto di gas su linee di lunga distanza che vanno dai Paesi fornitori fino al mercato interno⁴⁹⁸.

È evidente che l'interconnessione delle reti energetiche tra gli Stati membri si configuri, da un lato, come una *condicio sine qua non* per il corretto funzionamento della concorrenza nel mercato interno dell'elettricità e del gas e costituisca, dall'altro, una misura importante per garantire la sicurezza delle forniture di energia⁴⁹⁹. Infatti, il continuo aumento della domanda proveniente dai vari Stati membri rischia di generare nuove pressioni sulla rete elettrica che,

b) misure adottate dagli Stati membri, come quelle adottate a norma dell'articolo 4, inclusi i pertinenti accordi bilaterali.

Qualora le misure adottate a livello nazionale di cui al paragrafo 3 siano inadeguate per far fronte agli effetti di una

situazione di cui al paragrafo 1, la Commissione può, dopo aver consultato il gruppo, fornire orientamenti agli Stati membri in merito ad ulteriori misure, per fornire un'assistenza agli Stati membri particolarmente colpiti dalla grave interruzione dell'approvvigionamento di gas.

⁴⁹⁸ Il collegamento tra gli obiettivi ambientali della politica energetica europea e gli obiettivi di tutela della sicurezza energetica sono inestricabilmente legati anche in materia di investimenti nelle reti energetiche, in quanto gli obiettivi ambientali dell'Unione europea comportano nuove sfide a livello delle infrastrutture. Per conseguire gli obiettivi relativi alle fonti rinnovabili, oltre al miglioramento in termini di efficienza e risparmio energetico rispetto agli impianti esistenti, è necessario costruire un'infrastruttura energetica adeguata all'utilizzo delle energie rinnovabili. La penetrazione nel mercato interno delle tecnologie rinnovabili a basse emissioni è possibile solo attraverso la revisione della rete di distribuzione e di trasmissione dell'energia orientata al principio della generazione distribuita. Ciò è particolarmente vero, ad esempio, per la connessione delle centrali eoliche che si trovano in siti off-shore, ma anche per l'interconnessione della produzione energetica proveniente dai piccoli settori industriali o dalla nuova progettazione in materia di bio-edilizia. Considerando che l'assenza di adeguate infrastrutture energetiche determina dei limiti allo sviluppo delle energie rinnovabili nel mercato interno, le ricerche in ambito europeo si sono prevalentemente indirizzate sull'utilizzo dell'idrogeno quale futuro vettore di energia nella prospettiva della generazione distribuita e dello sviluppo energetico sostenibile.

⁴⁹⁹ Sul punto si rinvia alla Comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio del 10 dicembre 2003 'Infrastruttura energetica e sicurezza dell'approvvigionamento' COM(2003) 743 definitivo.

in assenza di un adeguato sistema di controllo, può metterne in crisi il funzionamento.

La garanzia della sicurezza delle rete elettrica dipende, in larga misura, dall'incremento della capacità di interconnessione tra le infrastrutture energetiche poste al confine dei vari Stati membri: la limitata capacità di interconnessione costituisce un ostacolo tecnico e normativo che restringe la libera circolazione dell'elettricità e determina una compartimentalizzazione dei mercati energetici, lungo le linee di giunture situate al confine tra i vari territori nazionali.

Al fine di garantire un adeguato investimento nelle reti di trasmissione ed il mantenimento di uno standard minimo di interconnessione equivalente al 10% della capacità di produzione installata, l'Unione ha intrapreso una serie di azioni per tutelare la sicurezza delle reti elettriche, prevedendo che le reti transeuropee (E-TEN) rientrino tra i progetti prioritari di interesse europeo.

L'azione dell'Unione in materia di reti energetiche transeuropee si poggia sulla base giuridica prevista dagli articoli 170-172 TFUE (già artt. 154-156 CE), inseriti per la prima volta con il Trattato di Maastricht⁵⁰⁰.

L'interconnessione delle reti energetiche transeuropee va letta alla luce dell'obiettivo della creazione del mercato interno dell'energia. L'integrazione dei mercati energetici e l'abolizione delle frontiere nazionali risulta incompatibile con il mantenimento di infrastrutture energetiche, organizzate e gestite a livello nazionale. Tuttavia, la competenza dell'Unione sulla costituzione e sullo sviluppo delle reti transeuropee dell'energia non si limita al perseguimento degli obiettivi connessi al mercato interno. Tali reti garantiscono parimenti l'obiettivo della sicurezza degli approvvigionamenti grazie alla diversificazione delle rotte in cui transitano i prodotti energetici; inoltre, esse costituiscono un importante strumento per conseguire l'obiettivo della coesione economica e sociale, poiché riducono il divario tra le regioni europee proteggendo, in particolare, quelle regioni che, per ragioni economiche, ovvero per motivi di isolamento geografico, risultano più esposte al rischio della povertà energetica. L'Unione ha previsto nuovi orientamenti per le reti transeuropee dell'energia con la decisione 1364/2006/CE⁵⁰¹: tale decisione è stata adottata sulla base della speciale procedura prevista dall'articolo 172 TFUE (già

⁵⁰⁰ Per un approfondimento si rinvia a A. PREDIERI, *Le reti transeuropee nei Trattati di Maastricht e di Amsterdam* in *Dir. Un. Eur.* 3/1997, pp. 287 e ss.

⁵⁰¹ Decisione n. 1364/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 settembre 2006 che stabilisce orientamenti per le reti trans-europee nel settore dell'energia (in GU L 262, pag. 1). Con tale decisione viene definita la natura e la portata dell'azione comunitaria di orientamento in materia di reti trans-europee dell'energia, prevedendo un insieme di orientamenti concernenti gli obiettivi, le priorità e le principali linee di azione della Comunità nel settore delle reti trans-europee dell'energia: tali orientamenti individuano progetti di interesse comune e progetti prioritari, compresi quelli d'interesse europeo, nelle reti trans-europee di elettricità e gas.

art. 156 CE) che impone, per l'approvazione di progetti di interesse comune, il consenso dello Stato membro interessato.

In realtà, l'assoggettamento dell'energia ai principi di mercato dovrebbe comportare, come naturale conseguenza, che anche la costruzione e la manutenzione delle infrastrutture del settore energetico debbano essere lasciate alle decisioni degli operatori di mercato ed alle iniziative dei privati. Tuttavia, in deroga ai principi della libera concorrenza, il contributo finanziario dell'Unione può integrare gli investimenti pubblici e privati per la realizzazione e la manutenzione di reti trans-europee dell'energia.

Il carattere eccezionale dell'intervento finanziario dell'Unione richiede che l'individuazione dei progetti di interesse europeo e l'attribuzione del carattere prioritario degli stessi siano predeterminati secondo criteri indicati a livello europeo. L'allegato I della decisione 1364/2006/CE elenca gli assi dei progetti prioritari e quelli di interesse europeo⁵⁰², sulla base della loro natura transfrontaliera e del loro impatto sulla capacità di trasmissione. Il riconoscimento del carattere prioritario delle reti transeuropee dell'energia è dovuto alla loro crescente importanza per garantire la sicurezza degli approvvigionamenti. La diversificazione delle forniture energetiche rispetto ai Paesi esportatori di energia e l'integrazione delle reti energetiche dei nuovi Stati membri è indispensabile per assicurare il funzionamento coordinato delle reti energetiche⁵⁰³.

Gli obiettivi dell'Unione europea sullo sviluppo delle reti energetiche si concentrano principalmente sull'interconnessione, sull'interoperabilità e sull'accesso alle reti. In conformità alle diverse peculiarità tecniche tra il mercato dell'elettricità e del gas, l'azione dell'Unione prevede un approccio differenziato rispetto al bene energetico di riferimento. Per quanto riguarda le reti elettriche, gli investimenti europei risultano necessari per affrontare due profili particolarmente problematici: il primo riguarda l'integrazione delle reti elettriche all'interno dell'Unione, mentre il secondo concerne l'adattamento della rete alla produzione di elettricità proveniente da fonti rinnovabili nella prospettiva di sviluppare la 'generazione distribuita' di energia verde.

Per quanto riguarda le infrastrutture del gas, le principali misure adottate a livello europeo per garantire l'interconnessione delle reti di trasmissione a lunga distanza riguardano il rafforzamento del quadro delle relazioni energetiche tra l'Unione e la Russia (v. *infra* sez. II, par. 3) e la creazione di impianti di stoccaggio del gas e di ri-gassificazione.

⁵⁰² V. rispettivamente gli articoli 7 ed 8 della summenzionata decisione.

⁵⁰³ Come sarà sottolineato più avanti con particolare riferimento alla dimensione esterna della sicurezza degli approvvigionamenti energetici, i paesi vicini alla Comunità hanno un ruolo particolarmente importante per la politica energetica europea in quanto forniscono la maggior parte del fabbisogno comunitario di gas naturale e sono partner fondamentali per il transito dell'energia primaria destinata alla Comunità.

Sempre in tema di sicurezza delle reti energetiche, seppur nel diverso ambito della lotta contro il terrorismo, è stata recentemente adottata, sulla base dell'articolo 308 CE (ora art. 352 TFUE), la direttiva 2008/114/CE per la protezione delle infrastrutture critiche in caso di attacchi terroristici⁵⁰⁴. Con particolare riferimento al settore dell'energia⁵⁰⁵, la direttiva identifica le reti più esposte al rischio di attentati terroristici e predisporre piani di sicurezza per gli operatori («PSO») con procedure uniformi per l'adozione di contromisure in caso attacchi terroristici⁵⁰⁶.

La protezione delle infrastrutture energetiche impone un delicato bilanciamento tra l'esigenza di tutelare la sicurezza e quella di garantire la riservatezza: sebbene la normativa preveda che lo scambio di informazioni sulle ECI debba avvenire in un contesto di fiducia e sicurezza per la protezione di informazioni riservate e dei dati sensibili, costituirà un aspetto particolarmente interessante, in assenza di una normativa arminizzata in materia di segreto di Stato, vedere quale sarà il tipo di tutela che riceveranno gli operatori pubblici e le imprese private coinvolte nello scambio di informazioni sensibili per la protezione delle infrastrutture energetiche.

⁵⁰⁴ Direttiva 2008/114/CE del Consiglio dell'8 dicembre 2008 relativa all'individuazione e alla designazione delle infrastrutture critiche europee e alla valutazione della necessità di migliorarne la protezione (in GU L 345 p. 75). Nel dicembre 2005 il Consiglio «Giustizia e affari interni» ha invitato la Commissione a presentare una proposta sul programma europeo per la protezione delle infrastrutture critiche (European Programme for Critical Infrastructure Protection, «EPCIP»); in risposta a tale invito, la Commissione ha avanzato una proposta di direttiva per la protezione delle infrastrutture critiche europee («ECI») dalle minacce di origine naturale e tecnologica, con la priorità per le minacce di origine umana e legate alla minaccia terroristica. Ai sensi del considerando n. 9 della direttiva si precisa che la protezione delle infrastrutture energetiche critiche può includere le componenti delle centrali nucleari destinate alla trasmissione di energia elettrica ma non gli elementi specificamente nucleari (materiale fissile, scorie nucleari) soggetti alla pertinente normativa in materia nucleare, compresi i trattati e il diritto comunitario.

⁵⁰⁵ Per infrastruttura critica nel settore energetico si intende un elemento, un sistema o parte della rete energetica ubicata negli Stati membri che è essenziale per il mantenimento delle funzioni vitali della società, della salute, della sicurezza e del benessere economico e sociale dei cittadini ed il cui danneggiamento o la cui distruzione avrebbe un impatto significativo su uno Stato membro a causa dell'impossibilità di mantenere tali funzioni; in caso di impatto significativo su ameno due Stati membri si può parlare di infrastruttura critica europea. Nel settore dell'elettricità rientrano le Infrastrutture e impianti per la produzione e la trasmissione di energia elettrica per la fornitura di elettricità; nel mercato del petrolio possono rientrare nel novero dell'ECI le infrastrutture che riguardano la produzione, la raffinazione, il trattamento, lo stoccaggio ed il trasporto di petrolio attraverso oleodotti; infine, possono costituire ECI nel mercato del gas le reti che riguardano la produzione, la raffinazione, il trattamento, lo stoccaggio ed il trasporto di gas attraverso oleodotti ovvero attraverso terminali GNL.

⁵⁰⁶ È utile sottolineare come ai sensi dell'articolo 3, l'individuazione delle ECI rimane un'azione di competenza esclusiva degli Stati membri.

3.4. La dimensione interna della sicurezza degli approvvigionamenti energetici: alcune considerazioni

In conclusione, l'esame delle misure interne del diritto europeo dell'energia rivela l'esistenza di una competenza (implicita) interna in materia di sicurezza dell'approvvigionamento energetico, nonché la natura concorrente della stessa.

Gli Stati membri conservano il potere di intervenire in casi di crisi delle forniture di energie, salvo che la gravità, ovvero l'eccezionalità, della situazione non richiedano l'intervento delle istituzioni europee per attivare i meccanismi all'uopo previsti dal diritto dell'Unione.

L'esercizio della competenza nazionale deve avvenire nel rispetto dei limiti e dei principi stabiliti a livello europeo: il diritto europeo dell'energia non ha inteso disciplinare in maniera piena ed armonizzata la materia, ma si è limitato a creare un quadro di tutela multilivello per la protezione della sicurezza energetica⁵⁰⁷.

Lo studio delle misure relative al mercato interno dell'energia, rispetto al problema della sicurezza degli approvvigionamenti, non serve solo a misurare la possibilità che residua, in capo agli Stati, di disciplinare tale materia con normative nazionali, ma può essere utile anche ad evidenziare un ulteriore aspetto di discontinuità rispetto alla giurisprudenza *Campus Oil*. Mentre in quel caso, uno degli elementi decisivi per consentire ai giudici di giustificare misure restrittive della libera circolazione dei prodotti energetici, per motivi di sicurezza degli approvvigionamenti energetici attraverso il ricorso alla deroga della pubblica sicurezza, era stata la situazione di totale, o quasi totale, dipendenza del mercato energetico irlandese rispetto alle importazioni, la creazione del mercato interno dell'elettricità e del gas sembra aver cambiato la prospettiva entro cui svolgere la valutazione sulla situazione di dipendenza energetica, facendola transitare dal piano dei singoli Stati membri a quello propriamente europeo.

Gli atti di diritto derivato che disciplinano la dimensione interna della sicurezza dell'approvvigionamento energetico devono essere letti alla luce dell'obiettivo volto alla creazione di un mercato europeo dell'energia; il progressivo completamento del mercato interno dell'energia evidenzia la situazione di interdipendenza energetica in cui ormai versano tutti gli Stati membri.

La totale o quasi totale dipendenza dei mercati energetici nazionali rispetto alle importazioni di combustibili fossili rende il problema della sicurezza degli

⁵⁰⁷ Come confermato recentemente nella causa *Commissione c. Francia*, *prec. cit.* punto 33, gli Stati membri possono adottare misure nazionali in caso di crisi degli approvvigionamenti energetici purché siano conformi al principio di proporzionalità; le misure nazionali a tutela della regolarità delle forniture energetiche costituiscono un'integrazione necessaria dei provvedimenti internazionali e comunitari in materia di sicurezza degli approvvigionamenti di prodotti petroliferi.

approvvigionamenti energetici non soltanto un problema di sicurezza nazionale, bensì una questione di carattere europeo.

4. La dimensione esterna della sicurezza energetica

È un dato acquisito che l'esercizio di una competenza (implicita) interna dell'Unione, nell'ambito della disciplina dei mercati dell'elettricità e del gas, possa avere una rilevanza diretta sulla sicurezza dell'approvvigionamento energetico.

L'obiettivo dell'approvvigionamento energetico in caso di crisi delle forniture è entrato ormai a far parte del contesto giuridico del diritto dell'Unione in cui vengono fissati *standard* minimi volti a garantire agli Stati membri la regolarità delle forniture di prodotti energetici nella prospettiva del funzionamento del mercato interno dell'elettricità e del gas.

Tuttavia, il ripetersi di situazioni di crisi nelle forniture di energia dimostra come la normativa europea sul mercato interno non sia idonea e sufficiente ad assicurare, di per sé, la sicurezza degli approvvigionamenti energetici. In primo luogo, la ripartizione delle competenze interne è tale per cui le misure nazionali svolgono ancora un importante ruolo di integrazione dei precetti europei per il raggiungimento degli obiettivi di sicurezza. In secondo luogo, il principio di interdipendenza energetica pone la necessità di compiere ulteriori passi avanti nell'approfondimento dell'integrazione europea, sotto il versante della dimensione esterna della sicurezza energetica. Il principio di interdipendenza energetica richiede che la valutazione della dipendenza degli Stati membri rispetto alle importazioni dei prodotti energetici non vada valutata solo sotto il profilo interno, come problema di sicurezza nazionale, ma anche sotto il profilo esterno, come problema di sicurezza europeo.

Analogamente rispetto all'indagine compiuta in precedenza sul piano interno, si tratta di vedere preliminarmente se sussiste la capacità dell'Unione di agire sul piano esterno, anche alla luce della giurisprudenza elaborata dalla Corte di Giustizia sulle competenze (implicite) esterne, e successivamente valutare la natura di tale competenza e verificare la ripartizione dei poteri tra le istituzioni europee e gli Stati membri.

4.1. L'azione esterna dell'Unione nel settore dell'energia

Com'è noto, nel Trattato di Roma mancava un esplicito riferimento alla competenza esterna della Comunità (ora Unione) in materia di sicurezza dell'approvvigionamento energetico.

Tuttavia, la giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle relazioni esterne ha progressivamente esteso i poteri esterni dell'Unione, influenzando l'espansione materiale della competenza (esterna) anche nel settore dell'energia.

In conformità ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, la Corte ha concluso che ogniqualvolta il diritto dell'Unione abbia attribuito alle istituzioni europee determinati poteri sul piano interno, per la realizzazione di un certo obiettivo, l'Unione risulta competente ad assumere gli impegni internazionali necessari per raggiungere tale obiettivo, anche in mancanza di espresse disposizioni al riguardo⁵⁰⁸.

La dottrina del parallelismo delle competenze ha consentito alla Comunità di concludere accordi internazionali non solo quando questa competenza esterna le derivava espressamente da una disposizione del Trattato, ma anche quando ciò discendeva da altre norme del Trattato, ovvero da misure interne adottate nel quadro di tali previsioni.

Tuttavia, se in un primo momento la Corte aveva affermato che il potere della Comunità di agire esternamente sussisteva solo quando la stessa aveva già esercitato la sua competenza sul piano interno, ovvero quando avrebbe potuto fondare la propria competenza su un'altra esplicita competenza esterna, successivamente con il parere 1/76, la Corte ha fondato la sussistenza di una competenza (implicita) esterna sulla teoria della competenza potenziale. In base a tale teoria, l'Unione può concludere accordi internazionali anche in assenza di un previo esercizio delle competenze interne, allorquando ciò risulti necessario per il raggiungimento di uno degli obiettivi previsti dal trattato. In tale ipotesi, non c'è più bisogno che l'Unione abbia agito preventivamente sul piano interno, in quanto è sufficiente dimostrare la necessità di ricorrere all'azione esterna o perché l'obiettivo previsto non può essere raggiunto attraverso il ricorso a misure interne, ovvero perché la conclusione di un accordo internazionale risulta preferibile rispetto all'adozione di atti interni anche per il raggiungimento di obiettivi relativi al mercato interno.

La questione della sussistenza di una competenza (implicita) esterna si pone su un piano diverso rispetto al problema della natura di tale competenza; una cosa è infatti l'esistenza di un potere implicito, mentre altra cosa è la natura della competenza cui l'esercizio del potere implicito si riferisce. In altre parole, il riconoscimento di una competenza esterna non è risolutivo rispetto alla definizione del quesito relativo alla natura esclusiva, ovvero concorrente, della competenza esterna. In materia di ripartizione della competenza tra gli Stati membri e l'Unione nella conclusione di accordi internazionali, la giurisprudenza della Corte si muove in un contesto ancora fluido e, per alcuni versi, incerto.

⁵⁰⁸ *Ex multis*, v. *Parere 1/03* del 7 febbraio 2006, *Convenzione di Lugano*, (in *Racc.* [2006] p. I-1145), punto 114 con commento di L. S. ROSSI, 'Conclusioni di accordi internazionali e coerenza del sistema: l'esclusività della competenza comunitaria', *cit.*; v. anche *Parere 1/76* del 26 aprile 1977 (in *Racc.* [1977] pag. 741) punto 3 e *Parere 2/91* del 19 marzo 1993, (in *Racc.* [1993] pag. I-1061), punto 7.

Si possono avere casi in cui la competenza concorrente sul piano interno si riverbera in una competenza concorrente sul piano esterno, ma anche casi in cui di fronte ad una competenza interna di tipo concorrente si sia affermata una competenza esterna di tipo esclusivo.

Con il Parere di Lugano la ‘dottrina degli effetti’ elaborata dalla Corte ha attenuato il vincolo tra l’azione interna e la competenza esclusiva esterna, estendendo il giudizio ad una valutazione anche solo potenziale della legazione interna⁵⁰⁹. Alla luce della dottrina degli effetti, la competenza esclusiva esterna dell’Unione si verifica non solo nei casi di completa armonizzazione sul piano interno, ma anche qualora gli effetti di un accordo internazionale possano pregiudicare il buon funzionamento, l’integrità e la coerenza delle disposizioni di diritto dell’Unione presenti e future.

In applicazione della giurisprudenza della Corte sulla competenza (implicita) esterna, si tratta di stabilire: a) se sussista la competenza esterna dell’Unione a concludere accordi internazionali in materia di energia, con particolare riferimento agli accordi che incidono sulla sicurezza degli approvvigionamenti e b) quale sia la ripartizione della competenza esterna e le responsabilità tra gli Stati membri e l’Unione sulla sicurezza degli approvvigionamenti energetici.

4.2. La competenza (implicita) esterna dell’Unione a concludere accordi internazionali in tema di energia

Come si è visto, l’assenza di una base giuridica in materia di sicurezza dell’approvvigionamento energetico non ha precluso l’azione interna della Comunità (ora Unione), considerando che numerosi sono stati gli atti adottati ai sensi degli articoli 95, 100, 174 e 308 del trattato CE (ora artt. 114, 122, 191, 352 TFUE) che hanno avuto un’incidenza diretta, ovvero indiretta, *in subiecta materia*.

La mancanza di una disposizione espressa del Trattato che attribuisca la competenza esterna della Comunità a concludere accordi internazionali in materia di sicurezza degli approvvigionamenti energetici non ha quindi impedito alla Comunità di esercitare una competenza (implicita) esterna, grazie anche alla possibilità di estendere al settore energetico l’attivismo giudiziale della Corte in materia di relazioni esterne.

L’esercizio in via di fatto di una competenza (implicita) interna sull’energia ha generato una copiosa quanto frammentata legislazione di armonizzazione, disciplinando la materia relativa alla sicurezza degli approvvigionamenti energetici nella prospettiva del funzionamento del mercato interno e dello sviluppo delle reti energetiche.

⁵⁰⁹ L. S. Rossi, ‘Conclusioni di accordi internazionali e coerenza del sistema: l’esclusività della competenza comunitaria’, *cit.*, p. 1012 e ss.

L'interdipendenza energetica, la legislazione europea sui cambiamenti ed il relativo impatto sulla protezione degli investimenti energetici, l'aumento della domanda mondiale di energia hanno accresciuto la consapevolezza che la questione della sicurezza energetica ha assunto un carattere europeo. Numerose conclusioni del Consiglio europeo e, da ultimo, le nuove disposizioni contenute nel trattato di Lisbona confermano che la dimensione esterna della politica energetica europea costituisce uno degli obiettivi prioritari dell'azione dell'Unione.

In precedenza, è stato soprattutto in forza del ricorso alla base giuridica di carattere residuale, prevista dall'articolo 308 del trattato CE (ora 352 TFUE), che la Comunità ha adottato misure relative alla cooperazione internazionale nel settore energetico⁵¹⁰.

Com'è noto, la natura residuale dell'articolo 308 CE conferma la valenza fondamentale (*rectius*: costituzionale) del principio di attribuzione delle competenze. Secondo una consolidata giurisprudenza della Corte, le istituzioni europee possono avvalersi dell'articolo 308 CE come base giuridica per l'adozione di atti, solo quando nessun'altra disposizione del Trattato attribuisce la competenza necessaria per l'emanazione dell'atto in questione e solo se riesce a dimostrare che l'adozione dell'atto risulta necessaria al raggiungimento di uno degli scopi previsti dal Trattato⁵¹¹.

La teoria dei poteri impliciti giustifica il ricorso all'articolo 308 CE fondandosi sul parallelismo delle competenze, allorché vi sia già una competenza interna e si renda necessario il ricorso alla dimensione esterna, ovvero sulla diversa teoria della competenza potenziale, qualora non sia stata ancora esercitata una competenza interna e l'Unione, pur avendo il potere per esercitarla, preferisca disciplinare la materia attraverso la conclusione di accordi internazionali che rientrano in settori coperti dal diritto dell'Unione.

In riferimento alla decisione di adozione del Trattato sulla Carta dell'energia⁵¹², le istituzioni europee hanno giustificato il ricorso all'articolo 308 del trattato CE considerando, da un lato, che per l'adempimento degli obblighi di cooperazione nel settore dell'energia, il trattato comunitario non aveva previsto altri poteri che quelli derivanti dall'articolo 308 e, dall'altro, che la conclusione del Trattato

⁵¹⁰ V. la Decisione di adozione del Trattato sulla Carta dell'energia, il Regolamento del Consiglio 2598/97/CE, la decisione del Consiglio 1999/23/CE e le Conclusioni della Presidenza del 22 febbraio 2000.

⁵¹¹ V. in particolare la sentenza 26 marzo 1996, causa C-271/94, *Parlamento c. Consiglio* in *Racc.* pag. I-1689, punti 13-14; sentenza 26 marzo 1987, causa 45/86, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* pag. 1493, punto 13, e sentenza 13 luglio 1995, causa C-350/92, *Spagna c. Consiglio*, in *Racc.* pag. I-1985, punto 26.

⁵¹² Decisione del Consiglio e della Commissione 98/181/CE, CECA, Euratom del 23 settembre 1997 concernente la conclusione da parte delle Comunità europee del trattato sulla Carta dell'energia e del protocollo della Carta dell'energia sull'efficienza energetica e sugli aspetti ambientali correlati pubblicata in *Gazzetta ufficiale L 069 del 09/03/1998 pp. 1 -116*.

sulla Carta dell'energia era necessaria al raggiungimento degli obiettivi dell'Unione, con particolare riferimento alla sicurezza degli approvvigionamenti ed alla tutela dell'ambiente.

4.3. La ripartizione della competenza esterna tra l'Unione e gli Stati membri in tema di sicurezza dell'approvvigionamento energetico

L'esistenza di una competenza esterna dell'Unione sulla sicurezza dell'approvvigionamento energetico, così come confermato dall'esplicito riferimento ora previsto dall'art. 194 TFUE, lascia tuttavia impregiudicata la questione del tipo di natura (esclusiva o concorrente) di tale competenza. In altri termini, si tratta di stabilire se la competenza a concludere accordi internazionali in materia di sicurezza energetica rientri tra le competenze esclusive dell'Unione ovvero tra le competenze concorrenti. Come già evidenziato, la giurisprudenza della Corte di Giustizia non consente una trasposizione *sic et simpliciter* della natura della competenza, dal piano interno al piano esterno, potendo verificarsi che una competenza di natura concorrente possa dar luogo ad una competenza esterna esclusiva, non solo come proiezione di una *pre-emption* interna ma, più in generale, laddove un accordo esterno sia in grado di avere ripercussioni sul sistema normativo interno all'Unione. Bisognerà dunque vedere con un approccio caso per caso se un accordo internazionale incida o meno sul sistema normativo dell'Unione, non essendo possibile stabilire a priori se la competenza esterna sull'energia è esclusiva o concorrente.

Sotto altro profilo, per vedere se non possa essersi già verificato un effetto di *pre-emption* sul piano esterno in tema di sicurezza degli approvvigionamenti energetici, occorre fare riferimento al crescente profilo esterno degli atti interni relativi ai mercati dell'elettricità e del gas.

In questo ambito, la *pre-emption* rappresenta 'la dimensione esterna del primato'⁵¹³ perché preclude la possibilità agli Stati membri di concludere accordi internazionali che abbiano l'effetto di compromettere il primato e l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione. In astratto, l'esercizio in via di fatto di una competenza interna sulla sicurezza degli approvvigionamenti energetici, consentirebbe il riconoscimento di una competenza esclusiva sul piano esterno⁵¹⁴; infatti, in conformità alla 'dottrina degli effetti', anche in

⁵¹³ V. L. S. ROSSI, 'Conclusione di accordi internazionali e coerenza del sistema: l'esclusività della competenza comunitaria', *cit.*, pp. 1008 e ss.; v. anche R. SCHÜTZE, 'Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of Community pre-emption' (2006) 43 *CMLR*, pp. 1023-1048.

⁵¹⁴ 'The denser the secondary legislation in the form of directives or regulation is, the more limited the competence of the Member States will gradually become'. [...] The density of the externalities in the secondary energy legislation of the Community along with their externalities become less threatening for the purpose of security of energy supply.[...] Così, S. HAGHIGHI,

assenza di un'armonizzazione completa sulla sicurezza energetica ed in considerazione della potenzialità di sviluppo della normativa europea in questo settore, vi sarebbero tutte le condizioni per riconoscere in questo ambito l'esclusività della competenza esterna dell'Unione.

Tuttavia, sebbene sia astrattamente possibile affermare in alcuni casi che una competenza parallela sul piano esterno diventi una competenza esclusiva, vi sono ragioni di opportunità e motivazioni di ordine giuridico che ostano al riconoscimento del carattere esclusivo della competenza sulla sicurezza degli approvvigionamenti energetici.

Sotto il profilo delle opportunità, l'obiettivo della sicurezza degli approvvigionamenti energetici sarebbe tutelato in modo più efficace attraverso una competenza concorrente ed una leale cooperazione tra gli Stati membri e l'Unione, non possedendo ancora quest'ultima le risorse tecniche (strumenti di analisi e monitoraggio in caso di crisi energetiche) ed umane (esperti di sicurezza nella DG energia della Commissione europea) per garantire la sicurezza degli approvvigionamenti in caso di crisi delle forniture di elettricità e gas.

Tuttavia, prima ancora che per motivi di opportunità, il riconoscimento del carattere concorrente della competenza esterna per la conclusione di accordi internazionali sulla sicurezza degli approvvigionamenti dovrebbe imporsi per motivi di carattere giuridico.

Se la dottrina degli effetti impone il richiamo allo sviluppo (anche solo) potenziale del diritto dell'Unione nel settore di pertinenza, per la politica energetica europea è ineludibile il riferimento all'impatto che l'articolo 194 del Trattato di Lisbona potrà avere sulla sicurezza dell'approvvigionamento energetico. Il Trattato di Lisbona stabilisce una base giuridica unitaria per la politica energetica europea, riconoscendo una competenza concorrente sull'energia; poiché al momento l'articolo 194 TFUE non è ancora mai stato utilizzato, può sembrare prematuro prevedere come l'esercizio concreto della competenza sul piano interno possa successivamente influenzare l'esercizio della competenza energetica sul piano esterno. Tuttavia, alla luce della dottrina degli effetti, è possibile comunque analizzare l'impatto potenziale che le disposizioni contenute nel Trattato di Lisbona possono avere sulla competenza esterna dell'Unione in materia di sicurezza energetica.

5. L'impatto del Trattato di Lisbona sulla competenza esterna dell'Unione in tema di sicurezza dell'approvvigionamento energetico

Per quanto riguarda il tema della sicurezza degli approvvigionamenti energetici, l'articolo 194 del Trattato di Lisbona non si limita a consolidare il diritto

⁴Energy Security and the division of competences between the European Community and its Member States' in *ELJ*, 4/2008, p. 465.

dell'Unione già esistente in materia, ma contiene elementi di novità che possono contribuire a rafforzare e chiarificare la competenza dell'Unione sull'energia.

Da un lato, con l'esplicito riferimento alla sicurezza degli approvvigionamenti la competenza dell'Unione in materia di energia diviene ora una competenza espressa e non più implicita. Il riconoscimento della competenza dell'Unione sull'energia presente nel nuovo Trattato farà venir meno la necessità di ricorrere alla base giuridica residuale di cui all'articolo 308 CE anche per concludere accordi internazionali in materia di energia. Ne consegue che le istituzioni europee saranno dispensate dall'onere di dover dimostrare la necessità di ricorrere all'accordo internazionale per raggiungere uno degli obiettivi previsti dal Trattato. Inoltre, l'enumerazione degli obiettivi ambientali, economici e di sicurezza nel settore energetico devono essere interpretati nel senso di attribuire un carattere globale ed integrato alla politica energetica europea ed un valore paritario di ciascun singolo obiettivo rispetto alla competenza dell'Unione⁵¹⁵. Se il carattere unitario e globale della politica energetica europea richiede un obbligo di coerenza della dimensione interna ed esterna dell'azione dell'Unione sull'energia, la pari-ordinazione degli obiettivi interni ed esterni può essere foriera di importanti sviluppi nell'elaborazione di una vera politica energetica esterna. L'azione esterna diviene sempre più autonoma rispetto all'azione interna, pur dovendosi articolare in un quadro di coerenza con quest'ultima come più volte ribadito dalla Corte nella sua giurisprudenza: questo comporta che anche la dimensione esterna della politica energetica europea non dovrà più essere necessariamente legata alla continua ricerca di obiettivi interni.

Dall'altro lato, un secondo elemento da tener in considerazione per valutare l'impatto del Trattato di Lisbona sulla sicurezza degli approvvigionamenti consiste nell'elencazione delle competenze dell'Unione. Ai sensi dell'articolo 4 del Trattato di Lisbona, la competenza dell'Unione sull'energia rientra nell'ambito delle competenze concorrenti; in sede di interpretazione dell'articolo *de quo* ci si potrebbe chiedere se il riconoscimento della natura concorrente della competenza energetica debba essere limitato ai profili interni ovvero possa estendersi anche ai profili esterni. La catalogazione delle competenze è stata concepita non solo allo scopo di garantire maggiore certezza e prevedibilità dell'ordinamento giuridico dell'Unione, ma anche per arginare l'espansione materiale delle competenze dell'Unione, operata in virtù

⁵¹⁵ In realtà, il testo dell'articolo 194 TFUE stabilisce anche un ulteriore obiettivo *sub* lettera d) relativo al rafforzamento della interconnessione delle reti energetiche; tuttavia, l'interconnessione delle infrastrutture energetiche non pare essere un obiettivo autonomo della politica energetica europea, quanto piuttosto uno strumento indispensabile per il raggiungimento degli obiettivi di cui alla lettera a) e b). Un'ulteriore esplicitazione della competenza comunitaria in materia di energia è presente nell'articolo 122 TFUE (ex articolo 100 CE) dove nelle situazioni di crisi di approvvigionamento dei beni si aggiunge l'esplicito riferimento all'approvvigionamento dei beni energetici, consolidando così nel testo del trattato l'interpretazione corrente della norma.

dell'attivismo giudiziale della Corte di Giustizia sia sul piano interno che sul piano esterno.

Tuttavia, l'articolo 4 del Trattato di Lisbona, pur rappresentando sotto molti aspetti un consolidamento dell'azione dell'Unione in ambito energetico, non sembra poter costituire un limite invalicabile alla possibilità di estendere la giurisprudenza della Corte sulle relazioni esterne anche nello specifico settore dell'energia.

L'obbligo di coerenza tra la dimensione interna e la dimensione esterna della politica energetica europea non significa necessariamente imporre il riconoscimento del carattere concorrente alla competenza esterna; d'altronde, come si avrà modo di vedere nel corso della trattazione, l'eventuale riconoscimento della natura concorrente della competenza esterna non risolve il problema della ripartizione dei poteri e delle responsabilità tra l'Unione e gli Stati membri in caso di conclusione di accordi internazionali sulla sicurezza energetica. In altre parole, permane il rischio che le relazioni energetiche bilaterali, concluse tra i singoli Stati membri ed i Paesi produttori di combustibili fossili, possano pregiudicare il primato e l'uniforme applicazione del diritto europeo dell'energia nel raggiungimento dell'obiettivo teso a garantire la sicurezza energetica.

Prima ancora dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Comunità (ora Unione) aveva utilizzato una pluralità di strumenti per affermare la dimensione esterna della politica energetica, ricorrendo ad accordi internazionali conclusi con i Paesi terzi, a trattati internazionali multilaterali (come, ad esempio, il Trattato sulla Carta dell'energia), ad accordi di cooperazione e sviluppo con i Paesi produttori ed infine al dialogo energetico con la Federazione russa⁵¹⁶.

Si cercherà di vedere quale possa essere l'impatto che questo *corpus* normativo europeo ed internazionale può avere sulla legittimità degli accordi bilaterali conclusi dai singoli Stati membri con i Paesi produttori di energia al fine di assicurarsi unilateralmente il funzionamento dei mercati nazionali dell'elettricità e del gas, nonché la sicurezza nazionale degli approvvigionamenti.

In breve, si tratta di analizzare se, e fino a che punto, i trattati internazionali sull'energia, nonché i principi e le norme di diritto dell'Unione possano limitare gli accordi bilaterali conclusi dagli Stati membri per il raggiungimento dell'obiettivo della sicurezza degli approvvigionamenti a livello europeo.

⁵¹⁶ Il dialogo energetico ha un valore strategico in virtù del carattere privilegiato che rivestono le relazioni energetiche tra la Comunità e la Russia nella prospettiva della sicurezza energetica.

SEZIONE II – LA COOPERAZIONE INTERNAZIONALE IN TEMA DI SICUREZZA ENERGETICA

1. Il principio della interdipendenza energetica e la cooperazione internazionale in tema di sicurezza energetica

La disciplina europea sul mercato interno dell'elettricità e del gas si è rivelata uno strumento idoneo a garantire la sicurezza energetica nel breve termine, ovvero la regolarità delle forniture. Tuttavia, essa si è dimostrata insufficiente a fronteggiare le crisi energetiche nel medio e lungo termine e non è risultata risolutiva rispetto al problema della dipendenza energetica dell'Unione.

Sotto quest'ultimo profilo, uno degli effetti collaterali connessi alla creazione del mercato interno dell'elettricità e del gas è stato quello di determinare uno stato d'interdipendenza energetica interna: oggi è possibile affermare che tutti gli Stati membri dipendono totalmente, ovvero quasi totalmente, dalle importazioni provenienti dai Paesi produttori di combustibili fossili.

Tuttavia, l'interdipendenza energetica non necessariamente costituisce un problema; anzi, esso può rappresentare anche una componente della soluzione alle difficoltà che l'Unione dovrà affrontare per garantire in futuro la propria sicurezza energetica.

Infatti, l'interdipendenza energetica non va letta esclusivamente sotto il profilo del consumo dell'energia, bensì anche relativamente a quello dell'offerta, in quanto anche le economie dei Paesi produttori di combustibili fossili finiscono per dipendere fortemente dalle relazioni commerciali con i Paesi importatori di energia.

Il riconoscimento dell'interdipendenza energetica come prisma di valutazione delle relazioni energetiche nel contesto internazionale può divenire un principio fondamentale in materia di cooperazione internazionale tra i Paesi produttori, i Paesi consumatori ed i Paesi di transito. Tale principio può avere lo scopo di stabilizzare le relazioni commerciali e, conseguentemente, proteggere gli investimenti nelle infrastrutture energetiche, diversificando le rotte di fornitura dei prodotti energetici. L'Unione europea dispone di una pluralità di strumenti per perseguire la strada della cooperazione energetica internazionale. Tra le misure di cui dispone l'Unione rientrano: la conclusione di accordi internazionali con i Paesi di terzi produttori, i dialoghi energetici e gli accordi di partenariato.

Nel quadro della competenza esterna concorrente, che l'Unione europea e gli Stati membri condividono nella conclusione di accordi con i Paesi produttori di combustibili fossili, si tratta di vedere in che modo, e fino a che punto, i singoli Stati membri possano continuare a mantenere le loro relazioni commerciali privilegiate attraverso la conclusione di accordi bilaterali con i Paesi terzi (*in primis*, la Russia) senza pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione sulla sicurezza energetica.

2. Gli accordi internazionali sull'energia

Tra le misure esterne di cui dispone l'Unione per garantire la sicurezza energetica un ruolo di rilievo spetta alla conclusione degli accordi internazionali.

Al momento sono stati conclusi 53 accordi internazionali in materia di energia, molti dei quali sono in realtà trattati bilaterali conclusi dalla Comunità (ora Unione) con i Paesi terzi al fine di disciplinare questioni relative alla sicurezza nucleare ed all'uso pacifico dell'energia nucleare.

Ben più cospicuo è il numero degli accordi internazionali, conclusi dalla Comunità in materia di ambiente e di politica commerciale comune che trattano indirettamente il tema relativo al commercio di beni e servizi energetici, ovvero la protezione degli investimenti nel settore energetico.

Il campo di osservazione dell'analisi sarà limitato agli accordi misti conclusi dalla Comunità e dagli Stati membri aventi una rilevanza diretta, ovvero indiretta, con il tema della sicurezza energetica.

In un caso giurisprudenziale relativo all'*Accordo Energy Star* (§ 2.1.) si ripropone il problema della sovrapposibilità tra le competenze comunitarie, invero, particolarmente frequente nelle ipotesi degli accordi energetici. Infatti, il carattere orizzontale e trasversale delle relazioni energetiche finisce spesso per far combaciare la materia energetica con altre materie coperte talora da competenza concorrente, come nel caso dell'ambiente, talaltra da competenze esclusive, come nel caso della politica commerciale comune.

Successivamente l'analisi verterà sul *Trattato sulla Carta dell'energia* (§ 2.2.) che contiene disposizioni internazionali in materia di transito, commercio, protezione degli investimenti e meccanismi di risoluzione delle controversie; tale accordo internazionale merita una trattazione specifica poiché rappresenta il principale strumento di cooperazione internazionale adottato dalla Comunità e dagli Stati membri per affrontare la questione della sicurezza energetica.

2.1. L'Accordo Energy Star

Il 14 maggio 2001 con la decisione del Consiglio 2001/469/CE è stato concluso, per conto della Comunità (ora Unione), l'accordo tra il governo degli Stati Uniti d'America e la Comunità europea in merito al coordinamento di programmi di etichettatura relativi ad un uso efficiente dell'energia per le apparecchiature da ufficio (in seguito, 'Accordo Energy Star').

La Commissione europea ha proposto un'azione di annullamento nei confronti della decisione del Consiglio per violazione del fondamento normativo, sostenendo che l'accordo si sarebbe dovuto concludere sulla base dell'articolo 133 CE (ora art. 207 TFUE), relativo alla politica commerciale comune, anziché sul combinato disposto degli articoli 175 CE e 300, n. 2, CE (ora artt. 192 e 218, par. 2, TFUE).

Secondo la Commissione, il fatto che un accordo internazionale tenga conto degli aspetti di tutela ambientale non può sottrarre una misura concernente il commercio internazionale dall'ambito della politica commerciale comune la quale, tra l'altro, rientra nel novero delle competenze esclusive della Comunità, senza pregiudicarne l'efficacia di quest'ultima.

Le argomentazioni addotte dal Consiglio miravano invece a difendere la legittimità del ricorso alla competenza ambientale come fondamento giuridico dell'accordo internazionale poiché lo scopo ed il contenuto principale dell'accordo Energy Star era costituito dalla riduzione del consumo attraverso misure di risparmio ed efficienza energetica, rientranti pienamente nella dimensione ambientale della politica energetica europea.

Con la sentenza 12 dicembre 2002 la Corte di Giustizia ha annullato la decisione del Consiglio per violazione del fondamento normativo; in base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, la scelta della base giuridica in un atto dell'Unione deve essere fondata su circostanze obiettive, dovendo tener conto dello scopo e del contenuto dell'atto.

Più in particolare, con specifico riferimento alla valutazione degli obiettivi dell'accordo internazionale, i giudici comunitari hanno riconosciuto che *'Energy Star'* persegue, contemporaneamente, uno scopo di politica commerciale ed uno di tutela ambientale. Tuttavia, in applicazione della 'teoria del centro di gravità', lo scopo di politica commerciale risulta preponderante rispetto a quello relativo alla tutela delle esigenze ambientali, poiché mentre l'effetto sul commercio delle apparecchiature è diretto ed immediato, il benefico sull'ambiente, generato dalla riduzione del consumo energetico, è solo indiretto e di lungo termine. Ne consegue che la decisione del Consiglio relativo alla conclusione dell'Accordo Energy Star avrebbe dovuto basarsi sull'articolo 133 CE (ora 207 TFUE) come unico fondamento normativo, anziché sull'articolo 175 CE (ora art. 192 TFUE).

La causa in esame è particolarmente interessante per l'indagine compiuta dalla Corte sulla competenza esterna della Comunità in materia di energia: essa evidenzia come, in assenza di una base giuridica unitaria dell'energia che tenesse conto dell'obiettivo del risparmio energetico, fosse astrattamente possibile concludere accordi internazionali facendo ricorso ad una pluralità di fondamenti normativi, concernenti tanto la politica commerciale comune quanto la politica ambientale. D'altronde, la valorizzazione del carattere trasversale ed orizzontale dell'esigenza di tutelare l'ambiente, così come confermato dalla progressiva 'costituzionalizzazione' del principio di integrazione della politica ambientale, fa sì che gli accordi commerciali trattino in maniera sempre più frequente (anche) aspetti relativi alla sua protezione. Tuttavia, qualora l'effetto indiretto della tutela ambientale venisse considerato, in accordi come quello oggetto della controversia, in termini paritari rispetto agli obiettivi di sviluppo del commercio internazionale, ne conseguirebbe un'interpretazione restrittiva della nozione di politica commerciale comune con un possibile pregiudizio

all'efficacia di quest'ultima. Infatti, la competenza concorrente della Comunità (ora Unione) e degli Stati membri, per la conclusione di accordi misti rientranti nella politica ambientale, avrebbe come effetto quello di determinare una delimitazione della competenza esclusiva della Comunità nel settore del commercio estero. Il carattere ampio ed aperto della nozione di politica commerciale comune è stato interpretato dalla Corte di Giustizia, alla luce dello scopo e del contenuto dell'Accordo Energy Star, in termini ostativi rispetto l'adozione di un accordo internazionale in materia di risparmio energetico sulla base della competenza ambientale della Comunità.

In conformità al dispositivo della sentenza della Corte di Giustizia, il recente accordo '*Energy Star II*', sostitutivo del precedente ed avente lo scopo di incrementare ulteriormente gli standard di efficienza e risparmio energetico attraverso l'utilizzo del logo comune, è stato dunque adottato sulla base dell'articolo 133 CE (ora art. 207 TFUE)⁵¹⁷.

2.2. Il Trattato sulla Carta dell'energia

Il Trattato sulla Carta dell'energia (d'ora in poi ECT) è il più importante accordo internazionale concluso dalla Comunità e dagli Stati membri per garantire la sicurezza energetica⁵¹⁸. Esso rappresenta il principale strumento di cooperazione internazionale nel settore energetico ed è il primo accordo multilaterale vincolante che contiene specifiche previsioni normative in materia di protezione degli investimenti, commercio e transito dell'energia.

L'ECT crea un quadro istituzionale stabile (costituito dalla 'Conferenza della Carta' e dal 'Segretariato') con funzioni esecutive rispetto ai compiti ad esso conferiti nel Trattato e nei suoi protocolli. Particolarmente interessante ai fini della nostra analisi risulta la previsione di un meccanismo obbligatorio di risoluzione delle controversie, in caso di violazione delle disposizioni previste

⁵¹⁷ Decisione del Consiglio del 18 dicembre 2005 sulla conclusione dell'accordo tra il governo degli Stati Uniti d'America e la Comunità europea per il coordinamento dei programmi di etichettatura in materia di efficienza energetica delle apparecchiature per ufficio (in GU L 381 del 28.12.2006, pagg. 24-25). In realtà, considerando che il Trattato di Lisbona menziona espressamente (ex art. 194 lett. c) TFUE) il risparmio energetico come obiettivo della politica energetica europea pare dubbio sostenere oggi che le disposizioni relative all'accordo '*Energy Star II*' siano norme rientranti nella politica commerciale comune e non nella politica energetica europea, tenendo conto della diversa natura, rispettivamente esclusiva e concorrente, delle summenzionate politiche comunitarie.

⁵¹⁸ Come enuncia il considerando n. 4 della decisione del Consiglio e della Commissione n. 98/181/CE, CECA, Euratom concernente la conclusione del trattato sulla Carta dell'energia (in GU n. L 069 del 09/03/1998 pp. 1 - 116) '*i principi e gli obiettivi del trattato sulla Carta dell'energia rivestono importanza fondamentale per il futuro dell'Europa, in quanto permettono agli Stati membri della Comunità di Stati indipendenti e ai paesi dell'Europa centrale ed orientale di sviluppare il loro potenziale energetico, concorrendo nel contempo a migliorare la sicurezza dell'approvvigionamento*'.

dal Trattato da parte di uno Stato nei confronti di un investitore, ovvero nei confronti di un altro Stato che sia Parte contraente del Trattato.

Dal punto di vista del sistema delle fonti nell'ordinamento europeo, l'ECT è un accordo misto concluso sia dalla Comunità (ora Unione) che dagli Stati membri nell'ambito delle rispettive competenze. Per quanto riguarda le competenze dell'Unione, il potere della Comunità di concludere l'accordo si è fondato in parte sull'articolo 133 CE (ora art. 207 TFUE), che riconosce la competenza esclusiva in materia di politica commerciale comune, ed in parte sull'articolo 308 CE (ora art. 352 TFUE). Il ricorso a quest'ultima base giuridica si è reso necessario in quanto l'adempimento degli obblighi di cooperazione nel settore dell'energia previsti dall'ECT finisce per incidere su atti di diritto derivato adottati sulla base dell'articolo 308 CE (ora art. 352 TFUE). Infine, anche il ricorso all'articolo 57, par. 2, CE (ora art. 64, par. 2, TFUE) come base giuridica della decisione del Consiglio e della Commissione sulla conclusione dell'accordo internazionale, si è reso necessario in quanto l'ECT impone taluni obblighi in merito al movimento dei capitali ed ai trasferimenti di pagamenti verso Paesi terzi.

L'adozione dell'ECT è l'ultima, invero non definitiva, tappa di un processo storico di approfondimento delle relazioni energetiche iniziato all'indomani della caduta del muro di Berlino. Nel giugno del 1990 durante il Consiglio europeo di Berlino venne infatti presentata la *Dichiarazione Lubbers* (dal nome del proponente, primo ministro olandese) nella quale si avanzava la proposta di creare una cooperazione internazionale di lungo termine nel settore dell'energia. In tale dichiarazione si faceva riferimento alla necessità di istituire un quadro giuridico stabile e sicuro per le relazioni energetiche tra gli Stati membri della Comunità ed i Paesi dell'Europa centro-orientale.

La rapida dissoluzione della Federazione russa diede un'improvvisa accelerazione ai negoziati internazionali, in quanto il declino economico dell'ex Unione Sovietica aumentò il rischio politico e finanziario che si determinassero violazioni degli investimenti energetici, con grave pregiudizio per la sicurezza degli approvvigionamenti energetici europei⁵¹⁹.

Così, nel dicembre 1991, venne sottoscritto da 53 Paesi, tra cui la Comunità europea (ora Unione), la '*Carta europea dell'Energia*'. Dal punto di vista normativo, tale atto rappresenta una dichiarazione politica di carattere non vincolante che rientra nella categoria degli atti di *soft law* di diritto internazionale. Sarebbe tuttavia errato sostenere l'irrilevanza giuridica della Carta in quanto, poiché l'articolo 2 dell'ECT dispone che gli obblighi vincolanti in materia di cooperazione internazionale energetica devono essere perseguiti 'in conformità agli obiettivi ed ai principi' della Carta, tale documento diviene

⁵¹⁹ Per una ricostruzione storica sui negoziati per l'adozione del trattato sulla Carta dell'energia si rinvia a J. DORÉ e R. DE BAUW, '*The Energy Charter Treaty: origins, aims and prospects*', RIIA, Londra, 1995.

un importante strumento di interpretazione ed integrazione delle disposizioni normative contenute nel Trattato.

Infatti, nella prospettiva di un negoziato internazionale a formazione progressiva, i principi della libera concorrenza e del divieto di discriminazioni nel commercio internazionale vennero successivamente specificati nelle disposizioni obbligatorie contenute nel Trattato allo scopo di creare una progressiva liberalizzazione degli scambi energetici internazionali.

Inoltre, considerando che la sottoscrizione (prima della Carta e poi) dell'ETC prevedeva, per la prima volta, in qualità di Parti contraenti, Stati che non facevano parte del sistema dell'Organizzazione mondiale del Commercio (in seguito, OMC), il rispetto degli obblighi contenuti nel Trattato modellati, seppur non perfettamente coincidenti, con gli istituti giuridici previsti nell'ordinamento dell'OMC, si rivelò un importante strumento di 'contaminazione' dell'ordinamento giuridico di vari Stati dell'est europeo, ponendo le premesse per l'apertura dei negoziati di adesione all'OMC.

Il Trattato sulla Carta dell'energia è stato firmato⁵²⁰ nel dicembre del 1994 ed è entrato in vigore nell'aprile del 1998 a seguito del deposito del trentesimo strumento di ratifica secondo quanto previsto dall'articolo 44 ECT.

Come si vedrà nel corso della trattazione (§ 3), particolarmente controversa è la situazione relativa allo *status* della Russia all'interno della Conferenza delle Parti. La Russia pur avendo firmato l'ECT, non ha mai depositato lo strumento della ratifica, preferendo avvalersi dall'articolo 45 ECT, che consente una provvisoria applicazione delle disposizioni del Trattato nei confronti dei Paesi firmatari, in attesa della ratifica. Tuttavia, poiché la Russia in data 20 Agosto 2009 ha ufficialmente notificato al depositario una dichiarazione con cui afferma di non essere intenzionata a divenire Parte Contraente del Trattato, in applicazione dell'articolo 45 n. 3 lett. a) ECT dalla notifica di tale atto discende la cessazione dell'applicazione provvisoria delle disposizioni del Trattato sulla Carta dell'energia, nonché dell'allegato Protocollo della Carta dell'Energia

⁵²⁰ Sono attualmente 53 gli Stati firmatari del trattato sulla Carta dell'energia; tra questi figurano anche Stati non appartenenti alla Comunità europea e non rientranti nell'area geografica dell'est europeo quali il Giappone, l'Australia, gli Stati Uniti d'America. Attualmente Stati come l'Afghanistan, l'Algeria, il Bahrain, il Canada, la Cina, l'Egitto, l'Indonesia, l'Iran, la Giordania, la Corea del Sud, il Kuwait, il Marocco, la Nigeria, l'Oman, il Pakistan, l'Autorità nazionale per la Palestina, il Qatar, l'Arabia Saudita, la Serbia, la Tunisia, gli Emirati Arabi, gli Stati Uniti d'America, il Venezuela hanno lo *status* di Osservatori alla Conferenza delle Parti, potendo partecipare ai lavori della Conferenza delle Parti, senza avere diritto di voto. Lo *status* di Osservatore è altresì riconosciuto ad organizzazioni regionali quali l'ASEAN, il BASREC, il BSEC, il CIS Electric Power Council, l'EBRD, l'IEA, l'OECD, l'UN-ECE, la World Bank ed il WTO. Per quanto riguarda il rifiuto dell'amministrazione americana di ratificare il trattato sulla Carta dell'energia si rimanda all'analisi fornita da W. FOX, 'The United States and the Energy Charter Treaty: misgiving and misrepresentations' in T. WALDE (a cura di), 'Energy Charter Treaty: an East-West gateway for investment and trade', Kluwer Law International, 1996, pp. 194 e ss.

sull'efficienza energetica e sugli aspetti ambientali correlati (in seguito, Protocollo PEREEA) a decorrere dal 18 ottobre 2009.

Sotto il profilo della disciplina materiale del diritto internazionale dell'energia, l'analisi si limiterà ad esaminare solo le disposizioni contenute nell'ECT che rivestono un carattere fondamentale per il tema della sicurezza energetica, con particolare riferimento agli obblighi concernenti il commercio (artt. 3-6), il transito (art. 7), la protezione degli investimenti (artt. 10-17), la sovranità sulle risorse energetiche (art. 18) e i mezzi di risoluzione delle controversie (artt. 26-27).

In seguito, si esaminerà la specifica questione relativa agli effetti diretti delle norme contenute nell'ECT nell'ordinamento europeo ed agli eventuali profili di incompatibilità delle stesse rispetto al diritto dell'Unione.

2.2.1. Gli obblighi del Trattato sulla Carta dell'energia rilevanti per la sicurezza energetica

Il Trattato sulla Carta dell'energia è il primo trattato multilaterale con un campo di applicazione materiale specificatamente dedicato all'attività economica in tale settore⁵²¹.

Le disposizioni contenute nell'ECT sono particolarmente innovative perché non si limitano a prevedere un'integrazione energetica di tipo negativo, attraverso l'eliminazione degli ostacoli al commercio ed agli investimenti, ma si estendono fino a stabilire un'integrazione di carattere positivo con l'espressa imposizione, in capo alle Parti contraenti, di obblighi di *facere* allo scopo di creare una progressiva liberalizzazione degli scambi internazionali nello specifico campo dell'energia⁵²².

In riferimento al commercio di materiali e prodotti energetici, le disposizioni del Trattato hanno lo scopo di garantire il principio del libero accesso ai mercati energetici internazionali e quello della libera concorrenza, come enunciati nella Carta. In virtù del combinato disposto di cui agli articoli 5 e 6 ECT sono vietate tutte le misure nazionali che incidono sugli scambi commerciali ed abbiano l'effetto di ostacolare gli investimenti ed il commercio da parte di un'impresa di prodotti energetici (come le limitazioni all'importazione o all'esportazione e le restrizioni all'accesso al cambio estero). Risultano altresì vietate tutte le misure

⁵²¹ Ai sensi dell'articolo 1 n. 5 del Trattato, per 'attività economica nel settore dell'energia' s'intende un'attività economica riguardante le attività di esplorazione, estrazione, raffinazione, produzione, immagazzinamento, trasporto terrestre, trasmissione, distribuzione, commercio, marketing o vendita di materiali e prodotti energetici, tranne quelli di cui all'allegato NI o riguardanti la distribuzione del calore ad una pluralità di immobili.

⁵²² In senso contrario, per una lettura critica dell'ECT si rinvia a P. MUCHLINSKI, 'The Energy Charter Treaty: towards a new International order for trade and investment or a case of History repeating itself?' in T. WALDE (a cura di) 'Energy Charter Treaty: an East-West gateway for investment and trade', cit.

nazionali che hanno l'effetto di ostacolare l'investimento estero attraverso l'imposizione di obblighi legali di acquisto o di uso da parte di un'impresa di prodotti energetici di origine nazionale o provenienti da una fonte nazionale.

Il principio della libertà di transito⁵²³, senza distinzione di origine, destinazione o proprietà di materiali e prodotti energetici, impone una serie di obblighi negativi che consistono nel divieto di applicare un trattamento meno favorevole rispetto a quello previsto per i materiali e prodotti energetici provenienti dalla propria area, ovvero il divieto di adottare misure nazionali che possano restringere ed ostacolare la regolarità dei flussi energetici provenienti da altre Parti contraenti o loro destinate. Inoltre, sono previsti obblighi positivi relativi alla cooperazione internazionale nell'ammmodernamento e nello sviluppo dell'interconnessione tra le infrastrutture energetiche di trasporto dell'energia⁵²⁴ ed un'inversione dell'onere della prova nell'ipotesi in cui una Parte contraente adotti una misura restrittiva del transito di energia per motivi legati alla sicurezza dell'approvvigionamento.

Sotto quest'ultimo profilo, l'articolo 7, par. 5, ECT dispone che qualora uno Stato membro decida di non autorizzare la costruzione o la modifica di un'infrastruttura energetica ovvero non garantisca il transito sulle infrastrutture esistenti situate sul proprio territorio, tale Stato abbia l'onere di dimostrare in che modo la restrizione adottata sia idonea a garantire la sicurezza o l'efficienza dell'infrastrutture energetiche, non essendo a tal fine sufficiente una mera dichiarazione di principio sull'eventuale pericolosità per la rete del transito dei prodotti energetici.

Nella prospettiva della tutela della sicurezza degli approvvigionamenti energetici, il Trattato prevede una speciale procedura di conciliazione (ex art. 7, par. 7, ECT) in caso di restrizione o di interruzione del transito di energia. Qualora sorga una controversia in merito, in assenza di specifici accordi bilaterali conclusi tra le Parti coinvolte nella controversia e previo esaurimento di tutti i pertinenti rimedi contrattuali, le Parti contraenti hanno la facoltà di

⁵²³ In forza dell'articolo 7 n. 10 del Trattato per 'transito' s'intende i) il trasporto attraverso l'area di una Parte contraente o verso o dagli impianti portuali nella sua area, per operazioni di carico e di scarico, di materiali e prodotti energetici originari dell'area di un altro Stato e destinati all'area di uno Stato terzo, nella misura in cui l'altro Stato o lo Stato terzo è una Parte contraente, ovvero ii) il trasporto attraverso l'area di una Parte contraente di materiali e prodotti energetici originari dell'area di un'altra Parte contraente e destinati all'area di detta Parte contraente a meno che le due Parti contraenti interessate decidano altrimenti e provvedano congiuntamente ad inserire questa decisione nell'allegato N. Le due Parti contraenti possono sopprimere la propria menzione nell'allegato N mediante notifica congiunta delle loro intenzioni al Segretariato generale che trasmette la notifica a tutte le altre Parti contraenti. La soppressione prende effetto quattro settimane dopo la prima notifica.

⁵²⁴ Rientrano nella nozione di infrastrutture energetiche per il trasporto di energia i gasdotti di trasmissione ad alta pressione, le reti e linee di trasmissione dell'elettricità ad alta tensione, gli oleodotti per il trasporto del greggio, le condotte per i fanghi di carbone, le condotte per prodotti petroliferi e le altre strutture fisse espressamente destinate a materiali e prodotti energetici.

sottoporre al Segretario generale una notifica della controversia in modo che questi possa nominare un conciliatore.

Quest'ultimo, al fine di trovare un accordo tra le Parti, ha il potere di adottare una decisione interinale, di natura provvisoria, per stabilire la tariffa da applicare in attesa della soluzione definitiva della controversia⁵²⁵.

Le disposizioni più interessanti ed innovative dell'ECT riguardano senza dubbio la Parte III relativa alla protezione degli investimenti non solo per l'ampio ambito di applicazione della disciplina⁵²⁶, ma anche per le novità introdotte dal Trattato rispetto ad altri trattati multilaterali in materia di investimenti, in particolare per ciò che concerne i diversi meccanismi di risoluzione delle controversie⁵²⁷.

In conformità all'obiettivo del Trattato di creare un quadro giuridico stabile e favorevole alla protezione degli investimenti nel settore energetico, l'articolo 10 ECT vieta alle Parti contraenti di applicare misure ingiustificate e discriminatorie in materia di gestione, mantenimento, impiego, godimento ed alienazione degli investimenti.

La protezione degli investimenti energetici deve essere intesa come uno standard minimo internazionale: tale protezione vieta che gli investimenti stranieri vengano sottoposti ad un trattamento meno favorevole di quello prescritto dal diritto internazionale convenzionale, in applicazione del principio della nazione più favorita (MFN).

Fatti salvi i diritti a tutela della proprietà intellettuale, le Parti contraenti sono dunque vincolate a concedere un trattamento che non può essere meno favorevole di quello previsto per i propri investitori nazionali, ovvero per gli investitori di qualsiasi altra Parte contraente ed anche di qualsiasi Stato terzo.

In caso di perdita subita sugli investimenti energetici o in caso di espropriazione, il Trattato stabilisce rimedi a titolo di indennizzo o di risarcimento del danno. Qualora un investitore subisca danni a causa di guerra o conflitti armati, situazioni di emergenza nazionale, disordini civili o eventi analoghi, egli ha il diritto ad ottenere dalla Parte contraente, cui sia imputabile la perdita di valore, il trattamento più favorevole rispetto a quello riservato a qualsiasi altro investitore, anche se di nazionalità di uno Stato terzo.

⁵²⁵ Per un'interpretazione critica sull'art. 7 n. 7 nella prospettiva della dottrina russa sulla sicurezza energetica si rinvia in questo capitolo *infra* § 3.1.

⁵²⁶ Sotto questo profilo, può essere utile sottolineare come il Trattato sulla Carta dell'energia sia più ampio di tutti gli altri trattati multilaterali in materia di investimento (MIT) fino ad oggi in vigore come il NAFTA, l'ASEAN ed il MERCOSUR ed abbia sostituito circa 2000 accordi bilaterali (BIT) previamente in vigore tra le Parti contraente nel settore della protezione degli investimenti energetici. Per un approfondimento in materia si rinvia a M. GESTRI, 'La protezione degli investimenti comunitari nella Federazione Russa', in *La Comunità internazionale*, 2000, pp. 189-207.

⁵²⁷ G. COOP, 'The Energy Charter Treaty: More than a Mit' in C. RIBEIRO (a cura di), 'Investment Arbitration and Energy Charter Treaty', Huntington, 2006.

In caso di perdita all'investimento subito nell'area di una Parte contraente a motivo di requisizione o distruzione ad opera di forze o autorità appartenenti a quest'ultima, l'investitore ha diritto ad ottenere una riparazione in forma specifica o un risarcimento per equivalente che deve essere tempestivo, congruo ed effettivo (c.d. 'Hulle rule')⁵²⁸.

La protezione degli investimenti energetici opera anche attraverso il divieto di nazionalizzazione, espropriazione o altre misure di effetto equivalente ad una espropriazione, salvo i casi in cui tale misura non sia giustificata da motivi di pubblico interesse, non abbia natura discriminatoria, sia compiuta con una procedura conforme alle disposizioni di legge e sia accompagnata da un obbligo di indennizzo tempestivo, congruo ed effettivo. Inoltre, la tutela del valore dell'investimento è assicurata dalla previsione di valutare la congruità dell'indennizzo rispetto al principio dell'equo valore di mercato che l'investimento aveva al momento in cui si è verificato il provvedimento ablativo.

Infine, il principio del libero accesso alle risorse energetiche incontra il limite ultimo del rispetto della sovranità statale sulle risorse energetiche. Infatti, ciascuno Stato conserva il diritto sovrano di decidere quali aree geografiche, entro la propria sfera territoriale, destinare all'esplorazione e alla valorizzazione delle proprie risorse energetiche.

Il principio della sovranità statale delle risorse energetiche era stato concepito come limite ultimo all'applicazione delle norme del Trattato, a presidio degli interessi degli Stati produttori di energia: rimangono dunque saldamente all'interno delle prerogative degli Stati membri, e non possono essere in alcun modo pregiudicate dall'ECT, le decisioni da assumere in merito all'ottimizzazione ed all'intensità con cui operare l'esaurimento o comunque lo sfruttamento delle risorse energetiche.

Tra le competenze statali figurano, inoltre, il potere di istituire e riscuotere imposte, *royalties* o altri contributi finanziari in conseguenza dell'esplorazione e dello sfruttamento, anche con la partecipazione diretta a dette attività, ovvero indiretta, attraverso imprese statali o organismi pubblici⁵²⁹.

Tuttavia, poiché i diritti sovrani degli Stati membri sulle risorse energetiche

⁵²⁸ In materia di applicazione della formula 'Cordell-Hull' alle misure espropriative disciplinate dall'ETC si rinvia a P. M. NORTON, *'Back to the Future: Expropriation and the Energy Charter Treaty'* in T. WALDE, *cit.* pp. 365 e ss; SORNARAJAH, *'Compensation for Nationalization: the provisions in the European Energy Charter'*, *ivi*, pp. 386 e ss. Sulle diverse modalità di recepimento della formula 'Cordell-Hull' nei diversi trattati bilaterali sugli investimenti, conclusi dagli Stati membri con la Russia, con particolare riferimento alla determinazione del termine per il pagamento dell'indennizzo, nonché del *quantum* dello stesso, si veda M. GESTRI, *'La protezione degli investimenti comunitari nella Federazione Russa'*, *op. cit.*, p. 214.

⁵²⁹ Rientrano nelle competenze degli Stati la tutela degli aspetti ambientali, la sicurezza delle esplorazione energetiche, la valorizzazione e la bonifica di aree situate entro i confini della sovranità territoriale.

devono essere esercitati in conformità e nell'osservanza delle norme del diritto internazionale, il principio del libero accesso alle risorse energetiche affermato nel Trattato obbliga le Parti contraenti a facilitarne l'accesso attraverso l'assegnazione, su base non discriminatoria ed in conformità a procedure basate su criteri pubblici e trasparenti, di autorizzazioni, licenze, concessioni e contratti di prospezione ed esplorazione o di sfruttamento ed estrazione delle risorse energetiche.

La semplice affermazione dei principi e degli obblighi contenuti nel Trattato sulla Carta dell'energia non avrebbero avuto lo stesso impatto rispetto all'obiettivo diretto della protezione degli investimenti, e quello indiretto della sicurezza degli approvvigionamenti energetici, se non fossero stati previsti meccanismi di ricorso alle giurisdizioni arbitrali.

La peculiarità del Trattato è quello di costituire un *self-contained regime* garantendo l'osservanza e l'applicazione degli obblighi internazionali, attraverso un complesso sistema di risoluzione delle controversie: si tratta dunque di descriverne la portata e vedere successivamente se, ed in che modo, le norme dell'ECT possano essere dotate di effetto diretto nell'ordinamento dell'Unione.

2.2.2. *Il sistema di risoluzione delle controversie*

Il sistema di procedure vincolanti in materia di composizione delle vertenze internazionali è particolarmente interessante ai fini della sicurezza degli approvvigionamenti energetici in quanto ha lo scopo di garantire agli investitori stranieri un'interpretazione ed un'applicazione uniforme da parte di tutti gli Stati contraenti delle regole previste dall'ECT⁵³⁰.

Il sistema di risoluzione delle controversie si articola in due diverse tipologie di ricorsi: il primo (ex art. 26 ECT) si applica alle controversie insorte tra un investitore ed una Parte contraente, limitatamente alla materia della protezione degli investimenti; il secondo (ex art. 27 ECT) riguarda le controversie interstatali.

In mancanza di una composizione amichevole della controversia, l'investitore privato che operi nel territorio di una Parte contraente può scegliere tra diversi meccanismi di risoluzione della controversia: può sottoporre la vertenza alla decisione di corti e tribunali amministrativi della Parte contraente, oppure, se la controparte presta il proprio consenso incondizionato, può decidere di sottoporre la controversia ad una conciliazione internazionale, ovvero ad un arbitrato.

In quest'ultima ipotesi, il Trattato offre un'ampia gamma di possibilità che

⁵³⁰ Per un approfondimento sui meccanismi di risoluzione delle controversie energetiche si rinvia a COOP GRAHAM e J. M. GAITIS, *'Energy dispute settlement'*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2007, pp. 199-349.

l'investitore privato può scegliere per la decisione della controversia, potendo ricorrere: a) al Centro Internazionale per la risoluzione delle controversie relative agli investimenti (di seguito, ICSID), b) ad un arbitro o ad un tribunale *ad hoc*, costituito in conformità del regolamento arbitrale dell'UNCITRAL, ovvero infine c) ad un procedimento arbitrale da parte dell'Istituto di Arbitrato della Camera di commercio di Stoccolma (d'ora in poi, SCC).

Il sistema di risoluzione delle controversie di carattere inter-statale previsto dall'articolo 27 ECT deve essere azionato previo esperimento di un tentativo obbligatorio di conciliazione attraverso i canali diplomatici. Esso stabilisce che le Parti contraenti possano decidere di sottoporre una controversia riguardante l'interpretazione o l'applicazione di tutte le parti del Trattato ricorrendo ad un tribunale arbitrale *ad hoc*, chiamato a decidere sulla controversia con un lodo arbitrale vincolante, in conformità all'ECT ed alle norme ed ai principi applicabili di diritto internazionale.

La completezza e l'ampiezza dei rimedi previsti in caso di vertenze energetiche internazionali necessita di qualche ulteriore spunto di riflessione: in primo luogo, bisogna sottolineare come i quattro pilastri dell'ECT (commercio, transito, efficienza energetica, investimento) ricevano un diverso grado di protezione nel sistema di risoluzione delle controversie. Infatti, solo l'inadempimento degli obblighi relativi alla protezione degli investimenti rientra nell'ambito di applicazione sia dell'articolo 26 ECT che dall'articolo 27 ECT; per tutte le altre disposizioni del Trattato l'unico sistema di risoluzione possibile è quello inter-statale previsto dall'articolo 27 ECT.

Il diverso trattamento riservato alla protezione degli investimenti energetici che consente all'investitore di poter beneficiare dell'ampio spettro di tutele previste dall'articolo 26 ECT, trova il suo fondamento sull'importanza della protezione degli investimenti in quanto strumento privilegiato di tutela della sicurezza energetica.

La pluralità dei sistemi arbitrali di protezione degli investimenti energetici risulta particolarmente interessante non solo sotto il profilo procedurale, ma anche sotto il profilo sostanziale. In base alla diversa tipologia di ricorso azionato dall'investitore privato, si possono avere differenti opzioni interpretative sulle nozioni di 'investimento' e di 'investitore'.

Infatti, mentre il sistema ICSID conserva un approccio tradizionale in tema di protezione degli investimenti, muovendosi prevalentemente in una dimensione pubblicistica, attenta ai poteri di controllo che gli Stati possono esercitare rispetto agli investimenti privati, il sistema arbitrale SCC tende ad avere un approccio maggiormente orientato verso una dimensione privatistica e commerciale, con un *favor* per gli investitori privati.

Ne consegue che i diversi sistemi hanno elaborato un'interpretazione divergente delle nozioni di investimento ed investitore che rischiano di pregiudicare l'uniforme applicazione ed interpretazione delle norme dell'ECT.

Infatti, gli arbitrati ICSID, in assenza di una definizione di 'investimento' nella

Convenzione, ne hanno fornito un'interpretazione di tipo restrittiva, individuando una serie di condizioni che devono essere soddisfatte cumulativamente e la cui sussistenza deve essere verificata caso per caso.

Più in particolare, com'è noto, la giurisprudenza ICSID ha elaborato il c.d. 'Salini test'⁵³¹ che limita l'applicazione della disciplina internazionale in materia di protezione degli investimenti ai soli casi in cui l'investimento sia protratto per un certo periodo di tempo, preveda l'assunzione di un rischio, la regolarità del ritorno in termini di profitto e contribuisca allo sviluppo economico dello Stato di destinazione⁵³².

Diversamente, la nozione di investimento ricavabile dalla casistica degli arbitrati commerciali internazionali (SCC) è più ampia, avendo un campo di applicazione che si estende ad una serie di diritti negoziali e commerciali che vanno oltre la nozione di investimento in senso stretto.

Il Trattato sulla Carta dell'energia contiene una definizione della nozione di 'investimento' (ex art. 1, par. 6, ECT)⁵³³ e di 'investitore' (ex art. 1, par. 7, ECT),⁵³⁴ che sembrerebbero offrire un'interpretazione, invero, particolarmente

⁵³¹ *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. v. Regno del Marocco*, ICSID n. ARB/00/4 del 23 luglio 2001 punti 44-63.

⁵³² Per una valorizzazione del criterio del contributo allo sviluppo economico dello Stato di destinazione si rinvia in particolare al caso *Patrick Mitchell v. Repubblica democratica del Congo*, ICSID caso n. ARB/99/7, del 1 Novembre 2006 con commento di Walid Ben Hamida, 'Two Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control – Ad Hoc Committee's Decision in Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo' (2007) 24 *Journal of International Arbitration*, pp. 287–306.

⁵³³ Per 'investimento' si intende ogni tipo di attività, detenuta o controllata, direttamente o indirettamente da un investitore e comprendente:

- a) beni materiali e immateriali, beni mobili e immobili, proprietà e qualsiasi diritto su beni, quali locazioni (leases), ipoteche, vincoli e pegni; b) una società o un'impresa commerciale, o azioni, quote di capitale, o altre forme di partecipazioni in una società o un'impresa commerciale e obbligazioni e altri debiti di una società o di un'impresa commerciale;
- c) diritti di credito e diritti a prestazioni, in virtù di contratto aventi valore economico e connessi con un investimento;
- d) proprietà intellettuale;
- e) utili;
- f) qualsiasi diritto conferito per legge o contratto o derivante da qualsiasi licenza e autorizzazione concesse conformemente alla legge a svolgere un'attività economica nel settore dell'energia. Un mutamento della forma in cui sono investite le attività non ne altera la qualità di 'investimenti', termine con il quale si intendono tutti gli investimenti, già in atto oppure effettuati dopo la data di entrata in vigore del presente Trattato per la Parte contraente dell'investitore che effettua l'investimento ovvero, se successiva, dopo la data di entrata in vigore per la Parte contraente nel cui territorio si effettua l'investimento (in appresso denominata 'data effettiva'), fermo restando che il trattato si applica solo a questioni che producano effetti su tali investimenti dopo la data effettiva.

Il termine 'Investimento' si riferisce a qualsiasi investimento associato ad un'attività economica nel settore dell'energia ed a investimenti o categorie di investimenti designati da una Parte contraente nella sua area 'Progetti di efficienza della carta' e notificati come tali al Segretariato.

⁵³⁴ Per 'investitore' rispetto ad una Parte contraente s'intende:

ampia delle nozioni *de quibus*. Tuttavia, poiché la qualificazione giuridica non è mai avulsa dall'applicazione pratica che le norme ricevono in concreto, bisogna fare riferimento alla casistica di entrambi i sistemi di risoluzione delle controversie in materia di protezione degli investimenti energetici per vedere quale sia la nozione effettivamente accolta dalla prassi arbitrale.

Sulla base dei lodi arbitrali emessi, si può affermare che i ricorrenti abbiano preferito ricorrere, almeno fino al momento, al sistema arbitrale dell'ICSID⁵³⁵. Sin da ora, è interessante notare come la casistica arbitrale abbia rivelato un progressivo ravvicinamento delle interpretazioni di investimento nel quadro della normativa del Trattato sulla Carta dell'energia.

Si può notare infatti come il diverso approccio dei sistemi arbitrali (ICSID e SCC) stia diventando sempre più sfumato in conformità all'esigenza di garantire, per quanto possibile, un'interpretazione uniforme della nozione di investimento energetico alla luce dell'ECT.

Se nei casi *Nykomb*⁵³⁶ e *Petrobart*⁵³⁷, conclusi con lodo arbitrale SCC, non sorprende come sia stata confermata un'interpretazione estensiva della nozione di investimento con decisioni, invero, particolarmente favorevoli rispetto agli interessi degli investitori, nei casi *Plama*⁵³⁸ e *Ioannidis*⁵³⁹ i lodi arbitrali ICSID hanno rappresentato una prima applicazione concreta del 'test Salini' nella specifica materia relativa alla protezione degli investimenti energetici. Questi ultimi casi dimostrano come sia possibile, anche ricorrendo ai meccanismi arbitrati previsti dal sistema ICSID, giungere ad un'interpretazione 'flessibile' della nozione di investimento alla luce della natura e dello scopo del Trattato sulla Carta dell'energia.

Tuttavia, il progressivo ravvicinamento della casistica arbitrale nel caso in cui l'oggetto della controversia riguardi la materia degli investimenti energetici, pur

-
- i) una persona fisica avente la cittadinanza o nazionalità di detta Parte contraente, o che vi abbia la residenza permanente, in conformità delle sue leggi applicabili;
- ii) una società o altro organismo organizzato in conformità alla legge applicabile in detta Parte contraente.

Per 'investitore' rispetto ad uno Stato terzo s'intende:

una persona fisica, una società o altro organismo per il quale ricorrono, *mutatis mutandis*, le condizioni specificate nel sottoparagrafo a) per una Parte contraente.

⁵³⁵ Dei 19 lodi arbitrali emanati sino al 2009, la maggior parte di essi (12) è stata emessa sulla base del ricorso al sistema arbitrale dell'ICSID. Per maggiori informazioni si rinvia al sito web <http://www.encharter.org/>

⁵³⁶ *Nykomb Synergetics Technology Holding A.B. c. Repubblica della Lettonia*, SCC n. 16/2003 del 16 dicembre 2006.

⁵³⁷ *Petrobart Ltd c. Repubblica del Kirgizistan*, SCC n. 126/2003 del 29 marzo 2005.

⁵³⁸ *Plama Consortium Ltd c. Bulgaria*, ICSID n. ARB/03/24 del 28 ottobre 2005; v. 'Plama Consortium Limited versus Republic of Bulgaria: Decision on Jurisdiction' (2005) 17 *World Trade and Arbitration Materials* pp. 215–293

⁵³⁹ *Ioannis Kardassopoulos c. Repubblica di Georgia*, ICSID n. ARB/05/18 del 6 luglio 2007. V. 'Arbitral Awards (ICSID): Kardassopoulos v. Georgia, 6 July 2007 (part 1)' (2007) 19 *World Trade and Arbitration Materials*, pp. 35–60.

evidenziando un certo margine di ‘contaminazione’ dei diversi sistemi di risoluzione delle controversie, non risolve in maniera definitiva la questione dell’uniforme applicazione ed interpretazione delle disposizioni del Trattato sulla Carta dell’energia, ingenerando il rischio di possibili ‘collisioni’ tra i diversi sistemi, con pregiudizio del principio della certezza del diritto e della prevedibilità della situazioni giuridiche⁵⁴⁰.

La situazione di incertezza giuridica potrebbe inoltre aggravarsi laddove vi fossero casi di sovrapposizione tra il sistema di risoluzione delle controversie previsto dall’ECT e la giurisdizione della Corte di Giustizia. Considerando che la Comunità è Parte contraente del Trattato sulla Carta dell’energia, è possibile che un investitore privato possa far valere la violazione degli obblighi di protezione degli investimenti energetici da parte del diritto dell’Unione? La Corte di Giustizia può essere chiamata, sulla base di un rinvio pregiudiziale, a doversi pronunciare sull’applicazione ovvero sull’interpretazione delle norme contenute nel Trattato sulla Carta dell’energia?

2.2.3. *La diretta applicabilità delle norme del Trattato sulla Carta dell’energia alla luce della giurisprudenza comunitaria*

Per rispondere alla domanda relativa alla possibilità che le norme di un accordo internazionale, come quelle relative al Trattato sulla Carta dell’energia, possano incidere direttamente sulle situazioni soggettive dei singoli, conferendo a quest’ultimi diritti invocabili nei confronti degli Stati, bisogna necessariamente fare riferimento alla controversa giurisprudenza della Corte di Giustizia relativa agli effetti interni dei trattati internazionali⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ Per un approfondimento in materia si rinvia a A. TURINOV, ‘Investment’ and ‘Investor’ in ‘Energy Charter Treaty Arbitration: Uncertain Jurisdiction’ (2009) 26 *Journal of International Arbitration*, pp. 1–23.; v. anche T. W. WÄLDE, ‘The First Energy Charter Treaty Arbitral Award’ (2005) 22 *Journal of International Arbitration*, pp. 83–104.

⁵⁴¹ La questione relativa agli effetti diretti ed all’interpretazione degli accordi internazionali è uno dei filoni giurisprudenziali senza dubbio più interessanti e più dibattuti dalla dottrina comunitaria anche per le sue implicazioni sistemiche sui rapporti tra l’ordinamento comunitario e l’ordinamento internazionale. In giurisprudenza, *ex multis*, v. Sentenza del 12 Dicembre 1972, cause riunite 21-24/1972, *International Fruit Company*, in *Racc.* p. 1219; Sentenza della Corte di Giustizia del 22 giugno 1989, in causa C-70/87, *Fediol*, in *Racc.* pag. 1781; Sentenza della Corte di Giustizia del 7 maggio 1991, in causa C-69/89, *Nakajima*, in *Racc.* pag. I-2069; Sentenza della Corte di Giustizia del 16 giugno 1998, in causa C- 53/96, *Hermès*, in *Racc.* p. I-3603; Sentenza del 23 novembre 1999, in causa C-149/96, *Portogallo c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-8395; sentenza della Corte di Giustizia del 14 dicembre 2000, in cause riunite C-300/98 e 392/98, *Parfums Dior*, in *Racc.* p.I-11307; Sentenza della Corte di Giustizia del 30 maggio 2006, in causa C-459/03, *Mox*, in *Racc.* p. I-4635 con commento di F. CASOLARI, ‘La sentenza MOX: la Corte di Giustizia delle Comunità europee torna ad occuparsi dei rapporti tra ordinamento comunitario ed internazionale’ in *Riv. Dir. Un. Eur.* 2/2007, pp. 327-367 e con commento di N. LAVRANOS, ‘The MOX Plant Judgment of the ECJ: How Exclusive is the Jurisdiction of the ECJ?’ (2006) 15 *European Energy and Environmental Law Review* pp. 291–296; da ultimo, sentenza del 3 giugno

Com'è noto, l'ordinamento europeo si caratterizza per un certo grado di permeabilità rispetto agli obblighi convenzionali adottati, ovvero recepiti con legislazione di diritto derivato⁵⁴²; quando la Corte di Giustizia si trova a dovere applicare o interpretare atti interni di diritto dell'Unione che richiamano obiettivi e principi contenuti in trattati internazionali, essa può avvalersi di tali accordi, benché siano esterni all'ordinamento dell'Unione, per interpretare gli atti interni⁵⁴³. In altri casi, la norma internazionale non funge solo da parametro di interpretazione ma, in presenza di determinate condizioni, può divenire una norma interposta di legittimità degli atti interni. Poiché le istituzioni europee sono vincolate dagli accordi conclusi dall'Unione, in virtù dell'art. 216, par. 2, TFUE, tali accordi possono prevalere sugli atti di diritto derivato, incidendo sulla loro validità⁵⁴⁴. Diviene dunque possibile valutare non solo l'interpretazione, ma anche la legittimità degli atti interni alla luce delle pertinenti disposizioni internazionali che costituiscono parte integrante dell'ordinamento dell'Unione, qualora siano soddisfatte talune condizioni elaborate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale, la Corte ha in varie occasioni affermato che la propria competenza ad esaminare la validità di un atto dell'Unione, alla luce di un accordo internazionale, è limitata alla sussistenza di due condizioni: in primo luogo, l'Unione deve risultare vincolata da tali

2008, in causa C-308/06, *Intertanko*, non ancora pubblicata, con commento di E. CANNIZZARO, 'Il diritto internazionale nell'ordinamento giuridico comunitario: il contributo della sentenza *Intertanko*', in *Riv. Dir. Un. Eur.* 4/2008, pp. 645-653. In dottrina, tra gli altri, si rinvia a F. JACOBS, 'Direct effect and interpretation of International agreements in the recent case law of the European Court of Justice' in A. DASHWOOD, M. MARESCEAU (a cura di) 'Law and Practise of EU External Relations', cit., pp. 13-33; P. EECKHOUT, 'External Relations of the European Union: Legal and Constitutional Foundation', Oxford University Press, 2004; G. GAJA, 'Sull'interpretazione di accordi misti da parte della Corte di Giustizia' in *Riv. dir. int.* 1988, pp. 605 e ss; E. CANNIZZARO, 'Le relazioni esterne della Comunità: verso un nuovo paradigma unitario?', in *Riv. Dir. Un. Eur.* 2/2007, pp. 223-238.

⁵⁴² F. CASOLARI, 'La Corte di Giustizia e gli obblighi convenzionali assunti dall'insieme degli Stati membri verso gli Stati terzi: obblighi comuni o ... obblighi comunitari?' in *Riv. Dir. Un. Eur.* 2/2009, pp. 267-314 e bibliografia ivi citata.

⁵⁴³ Nel caso di specie, ad esempio, l'obbligo di conformarsi alle disposizioni contenute nel Trattato sulla Carta dell'energia è presente negli art. 2 e 6 della Decisione 1364/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 settembre 2006 che stabilisce orientamenti per le reti trans-europee nel settore dell'energia (GU L 262 del 22.9.2006, p. 1-23); v. anche la Decisione del Consiglio 2001/595/CE, del 13 luglio 2001, relativa alla conclusione, da parte della Comunità europea, dell'emendamento delle disposizioni commerciali del trattato sulla carta dell'energia (GU L 209 del 2.8.2001, pagg. 32-32) e la Decisione del Consiglio 94/998/CE del 15 dicembre 1994 sull'applicazione provvisoria del trattato sulla Carta dell'energia da parte della Comunità europea (GU L 380 del 31.12.1994, pagg. 1-2).

⁵⁴⁴ *Ex multis*, si rinvia alla sentenza della Corte di Giustizia del 10 settembre 1996, in causa C-61/94, *Commissione c. Germania*, in *Racc.* [1996] pag. I-3989, punto 52, e sentenza della Corte di Giustizia del 12 gennaio 2006, in causa C-311/04, *Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht*, in *Racc.* [2006] pag. I-609, punto 25.

norme⁵⁴⁵; in secondo luogo, ciò può avvenire solo qualora non sia escluso né dalla natura, né dalla struttura dell'accordo e le sue disposizioni appaiano, dal punto di vista del loro contenuto, incondizionate e sufficientemente precise⁵⁴⁶.

Occorre pertanto verificare se tali condizioni siano soddisfatte dalle disposizioni del Trattato sulla Carta dell'energia. Preliminarmente, occorre rilevare come dal fatto che la Comunità (ora Unione) sia Parte contraente dell'ECT ne consegue che le disposizioni di quest'ultima siano vincolanti non solo nei confronti dei singoli Stati membri ma anche dell'Unione. Sia le Comunità europee che gli Stati membri hanno infatti concluso il Trattato e sono pertanto responsabili a livello internazionale dell'adempimento degli obblighi ivi contenuti, conformemente alle rispettive competenze⁵⁴⁷.

La prima delle condizioni richieste è dunque soddisfatta e le disposizioni dell'ECT formano parte integrante dell'ordinamento dell'Unione. Pertanto, si deve procedere a verificare, alla luce della natura e della finalità di tale accordo internazionale, se i principi e le disposizioni in esso contenuti non ostino all'interpretazione ed alla validità di taluni atti dell'Unione.

A tal fine, come si è avuto modo di vedere, lo scopo principale dell'ECT è quello approfondire la cooperazione energetica internazionale, fondata sul principio di interdipendenza energetica, nella prospettiva di una progressiva liberalizzazione degli scambi energetici, al fine di tutelare la sicurezza degli approvvigionamenti.

Si potrebbe sostenere che tutte le norme dell'ECT siano rivolte alla protezione diretta, attraverso il ricorso individuale, ovvero indiretta, attraverso l'intervento dello Stato membro di appartenenza, di chiunque svolga un'attività economica nel settore energetico e rientri nel territorio di uno Stato che sia Parte contraente dell'accordo internazionale di cooperazione energetica internazionale.

Tuttavia, un'interpretazione estensiva di questo tipo rischia di andare oltre lo scopo e la struttura del Trattato. Infatti, se si analizzano le disposizioni dell'ECT dal punto di vista del loro contenuto, si nota come non tutte le norme del trattato appaiano incondizionate e sufficientemente precise: alcune di esse come, ad esempio, le disposizioni sulla tutela dell'ambiente e sul commercio dei prodotti energetici risultano, in realtà, piuttosto vaghe dal punto di vista degli

⁵⁴⁵ Sentenza della Corte di Giustizia del 12 dicembre 1972, in cause riunite C-21/72-24/72, *International Fruit Company e a.*, in *Racc.* pag. 1219, punto 7.

⁵⁴⁶ In questo senso, v. in particolare, la sentenza della Corte di Giustizia del 10 gennaio 2006, in causa C-344/04, *IATA e ELFAA*, in *Racc.* pag. I-403, punto 39.

⁵⁴⁷ Fatto salvo il diritto dell'investitore di promuovere un procedimento tanto contro le Comunità, quanto contro gli Stati membri, la Comunicazione presentata dalla Comunità europea al Segretariato della Carta dell'energia, conformemente all'articolo 26, paragrafo 3, lettera b), punto ii) del trattato sulla Carta dell'energia (in GU L 69 p. 115), specifica che le Comunità e gli Stati membri interessati procederanno tra loro, se necessario, alla determinazione della parte convenuta al procedimento arbitrale promosso da un investitore di un'altra parte contraente. In tal caso, a richiesta dell'investitore, le Comunità e gli Stati membri interessati procederanno alla suddetta determinazione entro un termine di 30 giorni.

obblighi giuridici e lasciano alle Parti contraenti un ampio margine di manovra per la loro osservanza. In linea di principio, sembra più corretto affermare che in base all'ECT i singoli godono (solo) di un sistema di protezione indiretto dei loro diritti, attraverso meccanismi di risoluzione delle controversie di natura inter-statale. Ciò non esclude, però, che vi possano essere singole disposizioni dell'ETC che possono essere in grado di incidere direttamente sulle situazioni soggettive dei singoli, conferendo a quest'ultimi diritti invocabili direttamente nei confronti degli Stati.

Tale sembra essere il caso delle norme del Titolo III, in materia di protezione degli investimenti: infatti, ai sensi dell'articolo 26 ECT, il sistema di risoluzione delle controversie chiama in causa gli Stati, autori della presunta violazione degli obblighi di tutela degli investimenti energetici.

Come già altrove osservato, la caratteristica peculiare del sistema ECT è quella di costituire un sistema normativo complesso, formato sia da norme primarie di natura sostanziale, sia da norme secondarie di natura procedurale, relative alle conseguenze della violazione degli obblighi previsti dal trattato. I meccanismi di risoluzione delle controversie previste dal sistema ETC non hanno carattere esclusivo e non si affidano a dinamiche di tipo meramente inter-statale, ammettendo anche il ricorso tra i privati e le Parti contraenti, seppur limitatamente alla materia della protezione degli investimenti energetici.

Tutto ciò premesso, la Corte di Giustizia potrebbe dichiarare che il Trattato sulla Carta dell'energia non stabilisce norme destinate ad applicarsi direttamente ed immediatamente ai singoli, né a conferire a questi ultimi diritti o libertà che possano essere invocati nei confronti degli Stati, salvo il caso delle disposizioni contenute nel Titolo III, in materia di protezione degli investimenti. Ne risulterebbe dunque che la natura e la struttura dell'ETC non ostano a che la Corte di Giustizia possa interpretare le norme di diritto dell'Unione, per quanto possibile, in maniera conforme alle disposizioni contenute in tale accordo internazionale, ovvero possa utilizzare le disposizioni in materia di protezione degli investimenti energetici come norma interposta per giudicare la validità degli atti interni in materia di sicurezza degli approvvigionamenti energetici.

Ammettendo che talune disposizioni dell'ETC possano conferire diritti ai singoli, investitori privati, e che a questi sia consentito presentare ricorso contro uno Stato membro, ovvero contro l'Unione per accertare una violazione delle norme ECT da parte del diritto dell'Unione, spetterebbe dunque alla Corte di Giustizia, adita in via pregiudiziale, interpretare gli atti di diritto derivato alla luce delle pertinenti disposizioni dell'ETC.

Ne consegue che ogni causa sottoposta alla Corte di giustizia da un investitore di un'altra Parte contraente, in applicazione delle forme d'azione offerte dai trattati, deve rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 26, par. 2, lettera a) dell'ECT.

L'articolo 26, par. 2, lettera a) è applicabile anche nel caso in cui la Corte di giustizia venga chiamata ad esaminare l'applicazione o l'interpretazione del

Trattato sulla Carta dell'energia in base ad una domanda di pronuncia pregiudiziale presentata da una giurisdizione di uno Stato membro.

La competenza della Corte ad interpretare le norme interne alla luce delle pertinenti disposizioni dell'ETC non esclude il rischio di possibili 'collisioni' interpretative con i diversi sistemi di risoluzione delle controversie stabilite per la protezione degli investimenti energetici: al contrario, tale rischio potrebbe risultare amplificato se si considera la tendenza della Corte di Giustizia a 'monopolizzare' l'interpretazione degli accordi internazionali e, attraverso tale via, 'comunitarizzare' l'applicazione degli stessi⁵⁴⁸.

L'esigenza di garantire l'obbligo di coerenza tra l'azione interna e l'azione esterna è una delle giustificazioni teoriche dell'atteggiamento, talvolta, solipsistico assunto dalla Corte per preservare l'interpretazione del diritto dell'Unione, accentrando a sé anche i casi in cui questo rinvii ad accordi internazionali.

D'altronde che il rischio di sovrapposizione nella competenza giurisdizionale sia astrattamente possibile è confermato da due elementi; da un lato, l'esclusione del consenso incondizionato dell'Unione a sottoporre una controversia all'arbitrato o alla conciliazione internazionale non ha solo lo scopo di sigillare l'ordinamento europeo rispetto alle pronunce provenienti dagli arbitrati internazionali sulle vertenze energetiche, ma ha anche lo scopo di ricordare il carattere chiuso ed autosufficiente del diritto dell'Unione (*self-contained regime*)⁵⁴⁹. Ciò comporta che agli Stati membri viene preclusa la possibilità di adire tribunali diversi dalla stessa Corte di Giustizia per tutte quelle controversie la cui soluzione implica l'interpretazione e l'applicazione del diritto dell'Unione. Infatti, se uno Stato membro dovesse ricorrere ad un Tribunale arbitrale in merito alla risoluzione di una controversia con un altro Stato membro, conformemente ai meccanismi di risoluzione delle controversie previsto dall'articolo 27 dell'ECT, risulterebbe violata la competenza esclusiva della Corte di Giustizia sull'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni del trattato internazionale che comportano obblighi assunti dall'Unione nell'esercizio delle sue competenze esterne in materia di sicurezza energetica.

La violazione dell'obbligo di preservare la competenza giurisdizionale esclusiva

⁵⁴⁸ Sul punto si rinvia a L.S. Rossi, 'Conclusioni di accordi internazionali e coerenza del sistema: l'esclusività della competenza comunitaria', *cit.*, p. 1008 e ss.

⁵⁴⁹ Com'è noto, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, un accordo internazionale non può pregiudicare il sistema delle competenze definito dai Trattati e, di conseguenza, l'autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario di cui la Corte di giustizia assicura il rispetto a norma dell'art. 220 CE. Tale competenza esclusiva della Corte di giustizia trova conferma nell'art. 292 CE, secondo il quale gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione del Trattato CE a un modo di composizione diverso da quelli previsti dal Trattato stesso (v., in questo senso, *Parere 1/91* del 14 dicembre 1991, in *Racc.* pag. I-6079, punto 35, e *Parere 1/00* del 18 aprile 2002, in *Racc.* pag. I-3493, punti 11 e 12; Sentenza della Corte di Giustizia del 30 maggio 2006, in causa C-459/03, *MOX*, *prec. cit.*, punto 123).

della Corte, ai sensi dell' art. 292 CE (ora art. 344 TFUE), espone lo Stato membro all'azionabilità di un ricorso in infrazione, come avvenuto di recente nel caso *Mox*⁵⁵⁰.

Dall'altro lato, il ricorso anche all'articolo 57, par. 2, CE (ora art. 64, par. 2, TFUE) come base giuridica per la decisione di adozione dell'ECT, si era reso necessario proprio in quanto il campo di applicazione di tale Trattato, imponendo obblighi alle Comunità europee (ora Unione) per il movimento dei capitali e i trasferimenti di pagamenti tra l'Unione ed i Paesi terzi, Parti contraenti dell'accordo, in relazione agli investimenti diretti⁵⁵¹ nel settore dell'energia, finiva con incrociare il campo di applicazione del diritto dell'Unione.

In un tale contesto, nel caso in cui la Corte fosse chiamata a pronunciarsi in sede di rinvio pregiudiziale, sull'interpretazione delle nozioni di investimento e investitore anche alla luce delle pertinenti disposizioni dell'ETC, non è detto che non possano sorgere rilevanti divergenze interpretative.

Infatti, poiché la Corte tende ad esaminare la tutela degli investimenti nella prospettiva della libera circolazione dei capitali e dei pagamenti, attraverso un'interpretazione estensiva del concetto di investimento e di investitore, la giurisprudenza della Corte di Giustizia sembrerebbe, almeno in linea di principio, in maggiore armonia con il sistema SCC, anziché con il sistema ICSID.

Ciò non esclude che possano esservi interpretazioni divergenti anche rispetto al sistema SCC: infatti, se venissero qualificate come «restrizioni», ai sensi dell'art. 56 CE (ora art. 63 TFUE), non solo le misure nazionali che impediscono o ostacolano, in concreto, la libera circolazione dei capitali, ma anche qualsiasi tipo di misura che risulti idonea a dissuadere, sulla base di valutazioni potenziali, gli operatori degli altri Stati membri dall'investire nel capitale di altre società, si verificherebbe un'interpretazione divergente tra il sistema UE ed il sistema SCC.

Infine, bisogna ricordare come il 'monopolio giurisdizionale' esercitato dalla Corte sull'interpretazione degli accordi misti possa avere delle conseguenze anche sul piano della conclusione degli accordi internazionali e, più in generale, sulle relazioni con gli Stati terzi.

⁵⁵⁰ In considerazione dell'autonomia, la completezza e l'effettività del sistema giurisdizionale comunitario, la Comunità europea non ha prestato il proprio consenso incondizionato a sottoporre una controversia all'arbitrato o alla conciliazione internazionale. Per quanto riguarda l'arbitrato internazionale va precisato che la convenzione per la risoluzione delle controversie relative agli investimenti (ICSID) non consente alla Comunità europea di divenirne parte ed anche le disposizioni di regolamento del servizio aggiuntivo dell'ICSID non permettono alla Comunità di avvalersene.

⁵⁵¹ In materia di investimenti diretti, con particolare riferimento all'analisi della direttiva 2006/73/CE, v. S. BASTIANON, 'L'integrazione dei mercati finanziari in Europa: la MiFID e la recente normativa italiana di recepimento', in *Riv. Dir. Un. Eur.* 2/08, p. 255 e ss.

In materia di sicurezza energetica, ad esempio, il problema dell'estensione del livello di protezione degli investimenti energetici può risultare particolarmente delicato, in quanto finisce per incidere sulle relazioni energetiche tra l'Unione e la Russia. La cessazione dell'applicazione provvisoria (a decorrere dal 18 ottobre 2009) delle disposizioni del Trattato sulla Carta dell'energia e dell'allegato Protocollo della Carta dell'Energia sull'efficienza energetica e sugli aspetti ambientali correlati (in seguito, Protocollo PEREEA) impone una rinnovata attenzione sulla controversa relazione energetica tra l'Unione e la Russia.

3. La sicurezza energetica nell'ambito delle relazioni tra l'Unione e la Russia

L'approccio europeo al tema della sicurezza energetica non si limita a favorire la creazione di un quadro istituzionale e regolatorio di disciplina della materia, attraverso l'adozione di trattati multilaterali. Esso prevede anche il coinvolgimento dell'Unione in alcune aree particolarmente strategiche per la sicurezza degli approvvigionamenti energetici, attraverso la creazione di relazioni energetiche bilaterali.

Il livello internazionale e quello regionale non operano su binari paralleli ma tendono ad influenzarsi reciprocamente: da un lato, l'inclusione dei principali attori energetici tra le Parti contraenti dei trattati internazionali consente all'approccio regionale di muoversi in un'ottica di approfondimento delle relazioni energetiche, seppur in conformità al quadro dei principi e degli obblighi stabiliti a livello di diritto internazionale pattizio. Dall'altro, le relazioni energetiche a livello regionale possono svolgere una funzione preparatoria rispetto all'accesso di una delle Parti in specifiche organizzazioni internazionali, ovvero rispetto all'adesione a trattati multilaterali⁵⁵².

Più spesso, in particolare nel caso di accordi di libero scambio, la proliferazione di accordi bilaterali può creare dei problemi di contrasto con le regole previste dai trattati multilaterali, in quanto genera un'intersezione di 'preferenze commerciali' che Jagdish Bhagwati ha efficacemente descritto come lo *'spaghetti bowl effect'*⁵⁵³.

Nel peculiare contesto delle relazioni internazionali sulla sicurezza energetica il dialogo tra la Comunità e la Russia rappresenta certamente il caso più interessante dal punto di vista economico⁵⁵⁴, geo-politico e normativo.

⁵⁵² In tal senso, v. Art. 105 dell'Accordo di Partenariato e Cooperazione tra le Comunità europee e la Federazione russa (in GU L 327 p. 3 e ss. del 28/11/1997).

⁵⁵³ J. BHAGWATI, *Termites in the trading system : how preferential agreements undermine free trade*, Oxford University Press, New York, 2008.

⁵⁵⁴ Sotto il profilo economico, la relazione energetica tra l'Unione e la Russia si caratterizza per la forte interdipendenza energetica che lega le due aree.

Tradizionalmente, la rilevanza economica delle esportazioni russe rispetto all'economia europea si è tradotta nel riconoscimento della situazione di dipendenza energetica dell'Unione dalla Russia. Tuttavia, più recentemente, parte della dottrina comunitaria⁵⁵⁵ ha elaborato modelli di teorizzazione della sicurezza energetica che propongono di analizzare la dimensione economica della citata relazione alla luce del principio di interdipendenza energetica. In tale prospettiva, essendo l'Unione uno dei maggiori consumatori mondiali di risorse energetiche (il fabbisogno energetico europeo copre circa il 18% della domanda mondiale) ed il più grande mercato per le esportazioni dei prodotti energetici russi, il mercato europeo rappresenta, almeno sino al momento, l'unico sbocco possibile per i flussi energetici provenienti dalla Russia. Inoltre, considerando quanto l'economia russa sia fortemente dipendente dalle attività del settore energetico e quanto il suo mercato energetico necessiti degli investimenti europei nelle infrastrutture e nel trasferimento di tecnologia a basso impatto ambientale, è possibile sostenere che anche la sicurezza energetica della Russia dipende dall'Unione.

Dunque la dimensione economica della sicurezza energetica letta alla luce del principio di interdipendenza energetica dimostra che l'Unione e la Russia sono reciprocamente i più importanti e strategici partners commerciali per i rispettivi obiettivi di sicurezza degli approvvigionamenti energetici.

Tuttavia, sotto il profilo geopolitico le relazioni energetiche tra l'Unione e la Russia dimostrano un crescente grado di tensione, come conferma l'intensità delle crisi energetiche verificatesi negli ultimi anni⁵⁵⁶, a causa del diverso ruolo che le parti tendono ad attribuire all'utilizzazione ed alla gestione delle risorse energetiche.

Come altrove analizzato, l'Unione europea ha sviluppato un approccio *market-oriented* verso le risorse energetiche con l'apertura dei mercati dell'elettricità e del gas ai principi della libera concorrenza ed un orientamento della Corte di Giustizia teso ad interpretare restrittivamente, attraverso il ricorso alle deroghe, ovvero alle esigenze imperative, le restrizioni alla libera circolazione dei

In termini assoluti, la Russia è uno dei maggior produttori mondiali di petrolio con il 13% delle riserve mondiali ed è il maggior produttore mondiale di gas naturale con il 32% delle riserve mondiali di gas; in termini relativi, ovvero rispetto alla relazione energetica con la Comunità europea, il peso economico delle esportazioni energetiche russe è ancora più importante, considerando che oltre il 40% delle importazioni europee di gas provengono da tale Paese.

⁵⁵⁵ Sanam S. HAGHIGHI, *Energy security : the external legal relations of the European Union with major oil and gas supplying countries*, Hart Publishing, Portland, 2007; P. BELKIN, *The European Union's Energy security challenges*, 2008; Korber Stiftung, *Can the Eu ensure Europe's security?* 2008; BARTUSKA VACLAV, *Energy security: challenges and prospects*, 2007; S. HAGHIGHI, *Energy security : the external legal relations of the European Union with major oil and gas supplying countries*, Hart Publishing, Portland, 2007.

⁵⁵⁶ Il riferimento riguarda le crisi energetica tra la Russia e l'Ucraina del Dicembre 2006 e del Gennaio 2009, la crisi del gas con la Bielorussia nel 2007, la crisi petrolifera con la Repubblica ceca del Dicembre 2008 e con la Bulgaria nel Gennaio 2009.

prodotti e dei servizi energetici per motivi di sicurezza dell'approvvigionamento.

All'inverso, l'approccio della Russia alla questione della sicurezza energetica è orientato verso una forma di 'nazionalismo energetico', particolarmente sensibile alla valorizzazione del ruolo geopolitico delle proprie riserve energetiche, allo scopo di (ri-)legittimare il proprio *status* di superpotenza nel contesto delle relazioni internazionali⁵⁵⁷.

Tenendo conto delle differenti prospettive che ciascuna delle parti ha assunto nel valutare la dimensione economica e geopolitica della sicurezza energetica, si tratta di esaminare in che modo questa diversità di orientamenti abbia finito per condensarsi in strumenti normativi di cooperazione energetica. In tale contesto, bisogna anche tener presente che l'allargamento ad est dell'Unione ha, senza dubbio, influito sull'evolversi delle relazioni commerciali con la Russia; prima di inoltrarsi nell'indagine sull'assetto normativo ed istituzionale delle relazioni energetiche bilaterali, vi è da chiedersi quale sia stato l'impatto che gli ultimi allargamenti hanno avuto, in generale, sul tema della sicurezza energetica e, più in particolare, sulle relazioni energetiche tra l'Unione e la Russia⁵⁵⁸.

Nella prospettiva della sicurezza energetica, l'allargamento dell'Unione ai paesi dell'Est ha in primo luogo determinato un'estensione geografica del mercato interno dell'elettricità e del gas, ridisegnando il confine di tali mercati con nuovi Paesi di transito, quali l'Ucraina, la Bielorussia e la Georgia, che si trovano ora particolarmente esposti al nazionalismo energetico della Russia. L'allargamento ha altresì modificato la natura delle relazioni energetiche e commerciali tra l'Unione e la Russia, rendendo sempre più difficile e complesso riuscire a trovare una strategia europea comune nei confronti delle relazioni energetiche con tale paese. I nuovi Stati membri si sono dimostranti, per comprensibili ragioni storiche, molto meno inclini dei vecchi Stati membri a stabilizzare ed approfondire le relazioni energetiche con la Russia, preferendo piuttosto attribuire un carattere prioritario ad una politica energetica europea tesa alla diversificazione della dipendenza energetica, sia rispetto al fornitore, sia rispetto al tipo di fonte⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ BENSEBAA FAOUZI, 'Russie: l'arme énergétique?', in *Revue Futuribles*, no 337, 2008, p. 108 e ss.

⁵⁵⁸ Per un approfondimento dell'impatto dell'allargamento sulle relazioni energetiche con la Russia si rinvia a A. V. BELVY, 'New dimensions of the energy security of the enlarging EU and their impact on relations with Russia' in *European Integration*, 4/2003, pp. 351-369; V. D'ERMO, 'Le conseguenze dell'allargamento dell'Unione europea sul mercato interno dell'energia', 2004; M. CREMONA, (a cura di), 'The enlargement of the European Union', Oxford University press, Oxford, 2003; J.H. WEILER, I. BEGG et J. PETERSON (a cura di), 'Integration in an expanding European Union : reassessing the fundamentals', Blackwell, 2003.

⁵⁵⁹ Non a caso, la Repubblica ceca in qualità di Presidente di turno del Consiglio europeo dal 1 gennaio al 30 giugno 2009 ha individuato tra le priorità della presidenza l'obiettivo della diversificazione dell'approvvigionamento energetico; v. Consiglio europeo di Bruxelles 29-30 Ottobre 2009, *Conclusioni della Presidenza*, 15265/09.

L'impatto dell'allargamento sul tema della sicurezza energetica non va sottovalutato: sotto il profilo interno, l'allargamento ha determinato una contrapposizione tra vecchi e nuovi Stati membri rispetto all'elaborazione di una strategia comune per risolvere il problema della dipendenza energetica, con il rischio di indebolire il potere negoziale dell'Unione allorquando si appresta a 'parlare con una sola voce' nelle relazioni energetiche bilaterali⁵⁶⁰.

Sotto il profilo esterno, l'allargamento può richiedere un rafforzamento della clausola di solidarietà, operante tra gli Stati membri, nel caso di crisi dell'approvvigionamento energetico dovute all'improvvisa interruzione delle forniture di prodotti energetici da parte della Russia nei territori di confine del mercato interno dell'elettricità e del gas. Si tratta dunque di analizzare la natura del principio di solidarietà, il suo campo di applicazione ed i suoi effetti sulle relazioni energetiche unilaterali, portate avanti dai singoli Stati membri, al fine di tutelare le proprie relazioni privilegiate con le società di distribuzione dei prodotti energetici, in particolare attraverso contratti di fornitura di lungo termine (v. § 3.2.).

3.1. La relazione energetica tra l'Unione e la Russia nel contesto della cooperazione internazionale

Dal punto di vista normativo, analizzare la relazione energetica tra l'Unione e la Russia significa inquadrare il tema della sicurezza energetica rispetto all'ordinamento internazionale ed all'ordinamento dell'Unione, tenendo conto delle reciproche influenze esercitate tra i diversi piani.

Con particolare riferimento al livello internazionale, il Trattato sulla Carta dell'energia era nato principalmente allo scopo di garantire un approfondimento della cooperazione energetica tra gli Stati membri della Comunità ed i paesi dell'ex blocco sovietico a seguito della dissoluzione dell'Unione sovietica. Il coinvolgimento della Federazione russa, come Parte contraente del Trattato sulla Carta dell'energia, era uno dei principali obiettivi dei negoziati internazionali anche nella prospettiva della futura adesione della Russia all'organizzazione mondiale del commercio (d'ora in poi, OMC), attraverso la graduale estensione di principi ed istituti provenienti dall'OMC nello specifico settore dell'energia.

Tuttavia, come già ricordato, la Russia pur avendo firmato il Trattato sulla Carta dell'energia non ha mai proceduto alla sua ratifica, preferendo invece avvalersi dell'articolo 45, par. 1, ECT che consentiva di darne applicazione provvisoria. Più recentemente, in conformità all'articolo 45, par. 3 lett. a) ECT, la Russia ha notificato al Segretariato la sua volontà di non divenire una Parte contraente e di sospendere (anche) l'applicazione provvisoria delle disposizioni contenute

⁵⁶⁰ Per un maggiore approfondimento sul punto si rinvia a E. BARONCINI, *Il treaty-making power della Commissione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.

nell'ECT.

L'opposizione alla ratifica del trattato deriva, secondo la posizione della Russia, da un assetto sbilanciato delle disposizioni convenzionali, in favore dei Paesi consumatori di energia rispetto alle ragioni ed agli interessi dei Paesi produttori e dei Paesi di transito. Più in particolare, la Russia contestava il rilievo marginale offerto dal Trattato al principio della sovranità sulle risorse energetiche (art. 18 ECT) e criticava la disciplina normativa in materia di transito (art. 7 ECT).

In forza del principio della sovranità delle risorse energetiche, le autorità russe sono inclini a giustificare il potere di controllo che lo Stato può legittimamente esercitare nei confronti degli investimenti stranieri nei settori strategici, tra i quali figura il settore energetico⁵⁶¹. In conformità a tale prospettiva, la nuova legge russa sulle partecipazioni azionarie impone, ad esempio, il controllo pubblico sugli investimenti stranieri, vietando che le società russe operanti nei settori energetici possano cedere a società provenienti da Paesi terzi oltre il 25% del proprio pacchetto azionario.

Con particolare riferimento alle disposizioni contenute dal Trattato sulla Carta dell'energia in tema di transito, le principali obiezioni dipendono dal rifiuto delle società russe di distribuzione dell'energia di esperire il tentativo di conciliazione previsto dall'articolo 7, par. 7, ECT a causa dell'incertezza rispetto ai metodi di fissazione delle tariffe interinali. In effetti, la normativa internazionale lascia un ampio margine di discrezionalità al conciliatore nella decisione sull'imposizione delle tariffe interinali, sia perché mancano criteri per stabilire il *quantum* delle tariffe, sia perché si prevede che le stesse si applichino sino alla soluzione della controversia, ovvero entro un termine massimo di 12 mesi. Non a caso, le crisi degli approvvigionamenti energetici hanno riguardato questioni relative al transito dell'energia (Ucraina 2006 e 2009; Bielorussia 2008)⁵⁶² e sono servite, nella prospettiva russa, a dimostrare l'inefficacia del sistema di risoluzione delle controversie previsto dall'ECT anche quando un Paese di transito (ad esempio, l'Ucraina) rivestiva lo *status* di Parte contraente del trattato. Se la mancata ratifica da parte della Russia aveva certamente indebolito il quadro normativo previsto dal Trattato sulla Carta dell'energia, la sospensione della sua applicazione provvisoria, in assenza di soluzioni

⁵⁶¹ G. KREIJEN (a cura di), *'State, sovereignty, and international governance'*, Oxford University press, 2002.

⁵⁶² Sulla compatibilità delle regole di *dual pricing* nell'energia con la disciplina dell'Organizzazione Mondiale del Commercio vedi, tra gli altri, Y. SELIVANOVA, *'Energy Dual Pricing in WTO law: analysis and prospects in the context of Russia's accession to the World Trade Organization'*, Cameron May, London, 2008. Sulla controversa legittimità delle misure antidumping utilizzate nell'ordinamento comunitario per controbilanciare gli effetti negativi del dual pricing dell'energia si rinvia a V. POGORETSKY, *'The system of energy dual pricing in Russia and Ukraine: the consistency of the Energy dual pricing system with WTO Agreement on Anti-dumping'* in *Global Trade and Custom Journal*, v. 4/2009, pp. 312-323.

alternative, rischia di compromettere pesantemente l'efficacia del Trattato rispetto all'obiettivo di garantire la sicurezza energetica⁵⁶³. Anche in previsione di un'eventuale mancata ratifica da parte della Russia del Trattato sulla Carta dell'energia, il coinvolgimento della stessa in strumenti di cooperazione energetica era stato concepito che dovesse avvenire, oltre che sul piano internazionale, anche su quello delle relazioni bilaterali.

3.2. Il 'dialogo energetico' tra l'Unione e la Russia

Pressoché contemporaneamente alla firma del Trattato sulla Carta dell'energia era stato firmato nel 1994 il primo 'Accordo di partenariato e cooperazione tra le Comunità europee e la Russia', successivamente entrato in vigore nel 1997⁵⁶⁴. L'accordo di partenariato e cooperazione è un accordo misto concluso dalla Comunità (ora Unione) e dagli Stati membri, nell'ambito delle rispettive competenze, con la Russia; esso costituisce la piattaforma giuridica entro cui si sono sviluppati nel tempo i principali strumenti commerciali e negoziali tesi a creare un'area di libero scambio tra l'Unione e la Russia.

Per quanto riguarda il settore della sicurezza energetica, l'accordo di cooperazione e partenariato prevedeva un'espressa disposizione (ex art. 65

⁵⁶³ La Federazione russa anche allo scopo di dimostrarsi collaborativa con la Commissione europea ha recentemente proposto di aprire un negoziato per un nuovo trattato internazionale dell'energia, sostitutivo del Trattato sulla Carta dell'energia, che possa contemperare gli interessi tra i Paesi produttori, i Paesi consumatori ed i Paesi di transito. In riferimento alla proposta russa 'Conceptual Approach to the New Legal Framework for Energy Cooperation' del 21 aprile 2009 v. <http://kremlin.ru/eng/text/docs/2009/04/215305.shtml>

⁵⁶⁴ Accordo di Partenariato e Cooperazione tra le Comunità europee e la Federazione russa (in GU L 327 p. 3 e ss. del 28/11/1997); v. anche il Protocollo sull'Accordo (in GU L 283 p. 19 e ss. del 09/11/2000). L'accordo di partenariato e di cooperazione è stato firmato a Corfù il 24 giugno 1994 ed è entrato in vigore il 1 dicembre 1997; per un inquadramento della regolamentazione giuridica relativa all'Accordo di Corfù, con particolare riguardo alla materia del trattamento degli investimenti, nei rapporti tra la Comunità ed i suoi Stati membri e la Russia v. M. GESTRI, 'La protezione degli investimenti comunitari nella Federazione Russa tra accordi di partenariato, trattati bilaterali degli Stati membri e Carta dell'Energia', cit., pp. 190-198; TOLEDANO LAREDO 'L'Union Européenne, l'ex-Union Soviétique et les Pays de l'Europe Centrale et Orientale: un aperçu de leurs accords', in CDE, 1994, 543 e ss; MARESCEAU, MONTAGUTI, 'The Relations between the European Union and Central and Eastern Europe: a Legal Appraisal' in CMLR, 1995, 1327 e ss.

L'Accordo di Partenariato e cooperazione tra la Russia e la Comunità europea aveva una durata decennale e dunque sarebbe scaduto nel Novembre del 2007 se non fosse stato automaticamente prolungato in forza dell'articolo 106, in attesa che si concludano i negoziati per un secondo accordi di partenariato e cooperazione. Sullo stato dei negoziati si rinvia a LEAL-ARCAS, 'The EU and Russia as Energy Trading Partners: Friends or Foes?' in *European Foreign Affairs Review*, 14/2009, p. 346.

Decisione del Consiglio e della Commissione 97/800/CE, CECA, Euratom del 30 ottobre 1997 relativa alla conclusione dell'accordo di partenariato e di cooperazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Federazione russa, dall'altra (in GU L 327 del 28.11.1997, pagg. 1-2).

ACP) contenente uno specifico riferimento alla possibilità che la cooperazione venisse estesa al settore dell'energia per migliorare la qualità e la sicurezza degli approvvigionamenti energetici⁵⁶⁵. Tuttavia, la crescente importanza del valore strategico della relazione energetica tra l'Unione e la Russia, anche alla luce delle resistenze opposte da quest'ultima alla ratifica del Trattato sulla Carta dell'energia, spinse la Comunità a ricercare un nuovo quadro istituzionale e normativo entro cui stabilire una cooperazione energetica bilaterale, non più confinata all'interno di una singola disposizione dell'accordo di partenariato e cooperazione. Così, in esecuzione dell'articolo 65 dell'APC, durante il sesto Summit tenutosi a Parigi nell'ottobre del 2000, la Comunità europea e le autorità russe decisero di istituire un 'Dialogo energetico', allo scopo di creare un assetto istituzionale stabile, ove consentire lo sviluppo della cooperazione bilaterale nel campo dell'energia.

Prendendo atto della situazione di stallo nelle procedure di ratifica del Trattato sulla Carta dell'energia da parte della Russia, il dialogo energetico rappresenta un importante meccanismo di consultazione, di carattere permanente, che ha lo scopo di sviluppare le relazioni bilaterali nel settore energetico. Questo strumento era stato concepito al fine di costituire una nuova piattaforma di cooperazione su alcune specifiche aree di interesse comune, tra cui rientra la sicurezza energetica.

La caratteristica specifica del dialogo energetico tra EU e la Russia è quello di aver istituito un quadro istituzionale stabile: il livello politico è composto dal 'Consiglio di partenariato permanente per l'energia' che comprende da un lato, la partecipazione del ministro russo per l'energia e dall'altro, la 'trojka europea dell'energia'⁵⁶⁶. Il livello esecutivo ha, invece, un carattere prevalentemente operativo, prevedendo uno scambio continuo di esperienze ed informazioni tra i

⁵⁶⁵ Art. 65: 'Energy': 'Cooperation shall take place within the principles of the market economy and the European Energy Charter, against a background for the progressive integration of the Energy markets in Europe.

The cooperation shall include among others the following area:

- improvement of the quality and security of energy supply, in an economic and environmentally sound manner;
- formulation of energy policy;
- improvement in management and regulation of the energy sector In line with a market economy;
- the introduction of a range of institutional, legal, fiscal and other conditions necessary to encourage increased energy trade and investment;
- promotion of energy saving and energy efficiency;
- modernization of energy infrastructure including interconnection of gas supply and electricity networks;
- the environmental impacts of energy production, supply and consumption, in order to prevent or minimize the environmental damage resulting from these activities;
- improvement of energy technologies in supply and end use across the range of energy types;
- management and technical training in the energy sector.'

⁵⁶⁶ Ne fanno parte il Commissario europeo per l'energia, il ministro responsabile dell'energia della Presidenza di turno del Consiglio europeo e di quello della presidenza successiva.

funzionari della Commissione ed i funzionari del ministero russo per l'energia⁵⁶⁷.

Risulta quanto mai controverso comprendere quale possa essere il reale valore aggiunto del dialogo energetico rispetto ad altri strumenti di cooperazione bilaterale a disposizione delle istituzioni europee. Secondo parte della dottrina comunitaria⁵⁶⁸, il dialogo energetico è servito principalmente a consolidare ed approfondire la 'speciale' relazione che lega l'Unione alla Russia ed ha svolto una funzione propedeutica rispetto al coinvolgimento di quest'ultima nel contesto del diritto internazionale dell'energia. Diversamente, secondo la dottrina russa⁵⁶⁹ il dialogo energetico ha finito per assumere un carattere alternativo e sostitutivo rispetto al coinvolgimento della Russia nel Trattato sulla Carta dell'energia. In tale prospettiva, il dialogo energetico con l'Unione europea è risultato uno strumento particolarmente utile soprattutto per Russia, in quanto ha consentito di accreditare l'economia russa nei mercati internazionali, rafforzando la fiducia degli operatori economici sulla protezione degli investimenti energetici e consentendo il trasferimento di tecnologia a basso impatto ambientale per l'ammodernamento delle reti energetiche russe, con importanti risultati dal punto di vista del risparmio e dell'efficienza energetica. Inoltre, considerando che le aree di comune interesse individuate nel dialogo energetico finivano per coincidere con molti dei settori disciplinati dal Trattato sulla Carta dell'energia, per la dottrina russa l'istituzione di un meccanismo consultivo, di carattere permanente, deputato alla trattazione delle maggiori questioni energetiche ha fortemente attenuato l'interesse della Russia ad aderire al trattato multilaterale dell'ECT. Tutto questo, con l'indubitabile vantaggio di poter sottrarre le relazioni energetiche in materia di transito, investimento e commercio dal meccanismo obbligatorio di risoluzione delle controversie, come sarebbe successo se la Russia avesse aderito all'ECT.

In effetti, una valutazione della reale portata del dialogo energetico come

⁵⁶⁷ Nel Dicembre 2008 è stato raggiunto un accordo informale tra le autorità russe e le istituzioni comunitarie per 'ristrutturare' il dialogo energetico individuando tre formazioni tematiche deputate all'elaborazione di progetti in materia di 'strategia energetica', sviluppo dei mercati energetici ed efficienza energetica. Per quanto riguarda la sicurezza energetica si pensa di costituire un meccanismo di 'allarme preventivo congiunto' per affrontare e prevedere i casi di interruzione volontaria delle forniture.

⁵⁶⁸ A. DASHWOOD et M. MARESCAU (a cura di) 'Law and practice of EU external relations : salient features of a changing landscape', *cit.*; AALTO PALMI, *The EU-Russian Energy dialogue: Europe's future Energy security*, Aldershot: Ashgate, 2008.

⁵⁶⁹ S. SELIVERSTOV, *Security of Energy Supply of the EU: International legal approach*, Mosca, 2007; TI SHTILKIND, 'Energy Charter treaty: a critical Russian Perspective', *Oil gas & Energy Law Intelligence*, 3/2005, issue n. 1.; P. MUCHLINSKI, *The Energy Charter Treaty: towards a new International order for trade and investment or a case of History repeating itself?* in T. WALDE (a cura di) *Energy Charter Treaty: an East-West gateway for investment and trade*, *cit.*; S. SELIVERSTOV, *Energy Security of Russia and the EU: current legal problems*, IFRI, 2009, pp. 2-18.

strumento privilegiato di cooperazione bilaterale non può non tener conto del mancato raggiungimento degli obiettivi in tema di sicurezza energetica. Il meccanismo di consultazione permanente sembra aver consentito all'Unione ed alla Russia di portare avanti dei 'monologhi paralleli', piuttosto che un reale dialogo; tutto questo è dovuto principalmente alla diversa percezione che il tema della sicurezza energetica riveste nella prospettiva di entrambi gli interlocutori.

Invero, un giudizio critico sul valore del dialogo energetico sembra potersi avvalorare a maggior ragione per l'ordinamento europeo, considerando che il tema della sicurezza energetica rappresentava (e rappresenta tutt'ora) un test particolarmente importante per rafforzare l'immagine dell'Unione come 'potenza civile'⁵⁷⁰.

L'acuirsi delle tensioni in chiave geo-politica sulla gestione delle risorse energetiche e l'incapacità di risolvere il problema della sicurezza energetica segnalano le difficoltà dell'Unione di (rap)presentare sé stessa come un '*Energy Normative Power*' nel contesto delle relazioni internazionali⁵⁷¹.

4. Natura ed effetti della 'clausola di solidarietà' in tema di sicurezza energetica

Le recenti crisi energetiche tra la Russia e l'Ucraina (2006,2009), la Bielorussia (2008), la Repubblica Ceca (2008), la Bulgaria (2009) pur non attentando concretamente al funzionamento del mercato interno europeo dell'energia, il quale come si è visto dispone di strumenti normativi per fronteggiare situazioni di crisi nell'approvvigionamento energetico, hanno avuto un forte impatto sulla percezione di insicurezza che i cittadini europei nutrono nei confronti della questione energetica.

Questa paura è confermata dai dati forniti dall'Eurobarometro negli ultimi anni che attestano come il 69% delle attese dei cittadini europei siano rivolte a che l'Unione europea sappia affrontare e risolvere la sfida energetica⁵⁷²; d'altra parte, sono state proprio le aspettative dell'opinione pubblica europea che hanno contribuito, in questi ultimi anni, a rendere la politica energetica europea una delle priorità di azione dell'Unione.

⁵⁷⁰ Sul tema v. H. BULL, 'Civilian Power Europe: a contradiction in terms?', in *Journal of Common Market Studies*, pp. 149-164; G. LASCHI, M. TELÒ (a cura di), '*L'Europa nel sistema internazionale: sfide, ostacoli e dilemmi nello sviluppo di una potenza civile*', Il Mulino, Bologna, 2009.

⁵⁷¹ S. WOOD, 'The European Union: a Normative or Normal Power?' in *European Foreign Affairs Review* 14/2009, pp. 113-128; LE COQ CHLOÉ, '*Common Energy policy in the EU: the moral hazard of the security of external supply*', 2008.

⁵⁷² Le statistiche dell'Eurobarometro segnalano come tra le aspettative dei cittadini europei nei confronti dell'Unione europea figurino, ormai stabilmente da qualche anno, ai primi posti la sfida ambientale (72%) e la sfida energetica (69%).

Non è stato dunque il danno effettivo provocato dalle decisioni delle società russe di distribuzione del gas di interrompere momentaneamente l'approvvigionamento, quanto la potenzialità della minaccia, da parte della Russia, di utilizzare in chiave geo-politica la dipendenza energetica europea a diffondere una percezione di insicurezza energetica in tutto il continente europeo.

Nella prospettiva europea, le crisi delle forniture di energia hanno determinato almeno due conseguenze: la prima è quella di aver dimostrato che la dimensione interna della sicurezza energetica non è sufficiente a risolvere tale problema, in quanto è necessario attribuire carattere prioritario anche alla dimensione esterna della politica energetica europea. La seconda conseguenza è quella di avere evidenziato l'inefficacia della normativa internazionale (il Trattato sulla Carta dell'energia), nonché della cooperazione energetica bilaterale (dialogo energetico tra l'Unione e la Russia) rispetto al tema della sicurezza energetica.

L'Unione europea ha acquisito la consapevolezza che una sicurezza energetica di medio e lungo termine non può prescindere da una strategia comune di diversificazione della propria dipendenza, sia rispetto al fornitore (la Russia) che rispetto alla fonte (i combustibili fossili).

Il principio dell'interdipendenza energetica è divenuto la chiave di lettura della strategia europea in materia di sicurezza: solo integrando gli interessi economici dei Paesi produttori (investimenti, trasferimento di tecnologia pulita) e dei Paesi consumatori (regolarità delle forniture a prezzi di mercato) attraverso relazioni energetiche strutturate e permanenti, l'Unione europea può agire nel contesto internazionale come *'Energy Normative Power'*.

Il principio di interdipendenza energetica determina l'affrancamento della questione della sicurezza dalla relazione privilegiata con la Russia. Il dialogo energetico europeo si sgancia progressivamente da questa cooperazione bilaterale e diventa globale, stimolando il coinvolgimento dei Paesi del Mediterraneo, dell'Asia (*in primis*, la Cina), dell'Africa e dei Paesi del Golfo per lo sviluppo di nuove relazioni energetiche.

Tuttavia, sarebbe semplicistico e pericoloso sottovalutare quali possano essere le resistenze degli stessi Stati membri rispetto alla creazione di una dimensione esterna della politica energetica europea. Anzi, proprio dal riconoscimento della sussistenza di tali resistenze è necessario partire per comprendere come la sicurezza energetica, a livello europeo, sia a tutt'oggi un obiettivo quanto mai incerto e difficile da conseguire. Per rispondere alle attese dei propri cittadini di fronte alla crisi delle forniture di energie, anche gli Stati membri si sono prontamente attivati per assicurare la sicurezza energetica nella prospettiva nazionale. Preoccupati di tutelare gli interessi nazionali, taluni Stati hanno agito in via unilaterale al precipuo scopo di mantenere i rapporti energetici con la controparte russa e consentire ai propri 'campioni nazionali' di conservare relazioni privilegiate, attraverso la stipula di accordi di fornitura di lunga durata

con le società russe di distribuzione del gas. A tale riguardo ci si potrebbe chiedere se il diritto dell'Unione osti a questo tipo di comportamento: sul punto si possono avanzare tre possibili soluzioni.

Una soluzione massimalista condurrebbe a sostenere che, laddove l'azione dell'Unione sia già intervenuta a disciplinare le relazioni energetiche con la Russia, attraverso accordi internazionali, ovvero attraverso accordi bilaterali di cooperazione energetica, gli Stati membri abbiano perso il potere di intervenire autonomamente nella disciplina di tali rapporti. Invero, la soluzione massimalista farebbe ricorso al concetto della *pre-emption* come proiezione esterna del principio del primato del diritto dell'Unione rispetto al diritto interno con esso contrastante: tale soluzione avrebbe il merito di non pregiudicare l'uniforme applicazione ed interpretazione del diritto dell'Unione.

All'estremo opposto, una soluzione minimalista porterebbe ad affermare la legittimità dell'intervento unilaterale degli Stati membri nel favorire accordi di fornitura di lunga durata, in quanto la sicurezza energetica rimane essenzialmente una materia di competenza statale. D'altronde, sotto il diverso profilo delle parti private, il diritto dell'Unione non osta a che le società europee, attive nei mercati energetici a valle, possano concludere accordi di fornitura con società di distribuzione di Paesi terzi allo scopo di garantire un prezzo di mercato più basso ai propri consumatori ed assicurare la regolarità della fornitura di energia. In altri termini, gli accordi di fornitura di lunga durata, pur restringendo la libera concorrenza, possono essere giustificati da motivi di protezione dei consumatori e di tutela della sicurezza energetica, in quanto mirano a proteggere, direttamente, i mercati nazionali e, indirettamente, i mercati europei dell'energia.

Infine, tra le due posizioni è possibile individuarne una di carattere intermedio che, pur nel rispetto della ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri in materia di sicurezza degli approvvigionamenti energetici, riconosce l'esistenza di taluni limiti alla legittimità dell'intervento unilaterale degli Stati membri sulla sicurezza energetica.

Rinviando alla parte relativa alla trattazione sul mercato interno per ciò che concerne la controversa questione relativa alla legittimità degli accordi di fornitura di lunga durata con il funzionamento del mercato interno dell'elettricità e del gas, in quanto questa riguarda essenzialmente la disciplina relativa alla concorrenza ed alle imprese (artt. 101-102 TFUE)⁵⁷³, il problema della legittimità di tale intervento unilaterale si inserisce nel quadro della responsabilità degli Stati membri per eventuali violazioni del diritto dell'Unione. In realtà, gli accordi di fornitura di lunga durata non rientrano tra le attività puramente private delle parti, ma finiscono spesso per essere attratte dalla sfera del diritto pubblico. Infatti, in particolare nelle situazioni di instabilità dei mercati energetici, le trattative tra le società energetiche private

⁵⁷³ Sul punto si rinvia al Cap. II, sez. II.

finiscono per inserirsi nel quadro di accordi bilaterali di cooperazione che i singoli Stati membri concludono con un Paese terzo, produttore di combustibili fossili, al fine di agevolare ed accelerare il buon andamento delle negoziazioni private⁵⁷⁴.

La Commissione europea nella sua veste di custode dei trattati può agire attraverso un ricorso di infrazione (art. 258-260 TFUE) allorché reputi che uno Stato membro abbia, con la propria iniziativa unilaterale, violato obblighi a lui incombenti in virtù delle disposizioni del trattato a tutela della sicurezza energetica europea?

In assenza di prassi in materia ed in attesa che la Corte possa essere chiamata a pronunciarsi sulla questione, l'indagine andrebbe condotta alla luce delle pertinenti disposizioni del Trattato di Lisbona e delle norme di diritto derivato per vedere se, e fino a che punto, gli obblighi comunitari in materia di sicurezza energetica possano limitare il legittimo esercizio della competenza nazionale, da parte dei singoli Stati membri, a tutela della propria sicurezza energetica attraverso forme di cooperazione bilaterale con i Paesi terzi produttori di combustibili fossili.

Per fondare concretamente la dimensione esterna della politica energetica europea non appare sufficiente il richiamo alle dichiarazioni di volontà contenute nelle conclusioni dei vari Consigli europei in cui si ricorda agli Stati membri la necessità di 'parlare con una sola voce' nelle relazioni energetiche. L'ordinamento europeo possiede al suo interno gli strumenti necessari per adottare un approccio più pragmatico sulla dimensione esterna della politica energetica europea; per potere assumere una posizione unitaria, l'Unione dovrebbe cercare di monitorare, attraverso il ricorso in infrazione, la polifonia di voci che si registra all'interno dell'Unione nelle situazioni di crisi delle forniture e che finisce per pregiudicare, non solo il potere negoziale della Commissione, ma anche la stessa immagine unitaria dell'Unione rispetto alla comunità internazionale.

Il Trattato di Lisbona afferma che la politica dell'Unione nel settore dell'energia è intesa in uno 'spirito di solidarietà' tra gli Stati membri. La clausola di solidarietà è un'espressione specifica del principio di leale cooperazione tra gli Stati membri e le istituzioni europee che costituisce, comè noto, un principio generale di diritto dell'Unione europea. Con il riconoscimento espresso della sicurezza energetica come obiettivo dell'azione dell'Unione, gli Stati membri e le istituzioni europee sono chiamati a cooperare lealmente nell'esercizio delle rispettive competenze sull'energia. L'applicazione della clausola di solidarietà

⁵⁷⁴ Il problema non può essere risolto dall'Accordo di Partenariato con la Russia che, secondo la dottrina prevalente, non contiene un'esigenza di armonizzazione dei Trattati bilaterali conclusi dagli Stati membri con la Russia, ma si limita a mantenere un approccio minimalista, anche in riferimento al regime di tutela degli investimenti. Sul punto v. M. GESTRI, *'La protezione degli investimenti comunitari nella Federazione Russa tra Accordo di Partenariato, Trattati bilaterali degli Stati membri e Carta dell'energia'*, cit., pp. 194-195.

nella politica energetica comporta, da un lato, un obbligo positivo, in capo agli Stati membri, di prestare assistenza ed aiuto agli altri Stati che si trovino in difficoltà a causa dell'interruzione improvvisa delle forniture energetiche; dall'altro lato, essa impone un obbligo negativo che consiste nell'astenersi dal porre in essere azioni unilaterali che possano contrastare, ovvero ostacolare, l'azione dell'Unione nel raggiungimento dell'obiettivo della sicurezza energetica.

Alla luce della nuova clausola di solidarietà prevista dal TFUE nel campo dell'energia, si può avanzare, sul piano ermeneutico, una lettura estensiva dalla nozione di 'grave interruzione' dell'approvvigionamento di gas, secondo il combinato disposto di cui agli articoli 2 ed 8 della direttiva 2004/67/CE. Infatti, l'intervento dell'Unione europea in caso di crisi energetiche degli Stati membri è stato, fino al momento, limitato alle ipotesi di grave interruzione delle forniture; in conformità al principio di sussidiarietà, l'articolo 2 afferma che l'Unione può intervenire (solo) quando la crisi energetica assume una dimensione tale da influire su oltre il 20% delle forniture. La predeterminazione, sul piano normativo, di una soglia oltre la quale può trovare applicazione il meccanismo comunitario, previsto dalla direttiva 2004/67/CE se, da un lato, consente di precisare il quadro di intervento degli Stati membri e dell'Unione nel caso di interruzione delle forniture, dall'altro, rischia di essere aggirata dagli Stati responsabili dell'interruzione delle forniture. Questi ultimi possono agevolmente evitare di provocare l'intervento dell'Unione, creando interruzioni delle forniture che rimangono sotto la soglia critica individuata dalla normativa europea. In effetti, assumendo come scenario di riferimento le recenti crisi energetiche, si può notare come le interruzioni delle forniture decise dalla autorità russe abbiano creato un danno effettivo di pochi giorni all'approvvigionamento energetico europeo, non consentendo, in concreto, l'applicazione del meccanismo di intervento dell'Unione previsto dalla direttiva.

È pur vero che l'articolo 8 della direttiva 2004/67/CE contiene una definizione, di carattere residuale, che rende possibile l'intervento dell'Unione in tutte quelle situazioni che, per ampiezza o eccezionalità dell'evento, non possono essere adeguatamente gestite con misure nazionali. Tuttavia, neanche l'articolo 8 ha consentito l'attivazione del meccanismo comunitario, in quanto il riferimento al termine 'evento' lascia presupporre la concretezza del danno.

Su questo punto, alla luce della clausola di solidarietà prevista dal Trattato di Lisbona, si può allora avanzare un'interpretazione 'costituzionalmente' orientata degli artt. 2 e 8 della direttiva 2004/67/CE; l'interpretazione estensiva di tali disposizioni consentirebbe l'estensione del campo di applicazione del meccanismo comunitario, non solo nei casi di danno effettivo, ma anche in quelli di danno potenziale, in cui si deve tenere conto della 'serietà della minaccia' alla sicurezza energetica. Una siffatta interpretazione darebbe alla Commissione europea ed al Gruppo di coordinamento del gas (in seguito,

‘Gruppo’) il potere di intervenire anche in ipotesi di interruzioni delle forniture, come quelle verificatesi negli ultimi anni. Il potere di intervento della Commissione e del Gruppo dovrebbe essere accompagnato da un’attività di controllo e monitoraggio sulle misure energetiche adottate, a livello nazionale, dai singoli Stati membri per fronteggiare situazioni di grave interruzione dell’approvvigionamento, comprese le misure contenute negli accordi bilaterali conclusi dagli Stati membri con i Paesi produttori di energia.

In conformità al principio di leale cooperazione, gli Stati membri hanno l’obbligo di informare la Commissione ed il Gruppo sulle misure energetiche nazionali che possono incidere, direttamente o indirettamente, sul corretto funzionamento del mercato interno dell’elettricità e del gas, nonché sulla tutela della sicurezza energetica a livello europeo. L’osservanza dei doveri che derivano dalla clausola di solidarietà prevista dal Trattato di Lisbona per la politica energetica europea potrebbero suggerire che, accanto agli obblighi di informazione, vi siano obblighi preventivi di consultazione, con la Commissione e con il Gruppo, nei casi di conclusione di accordi bilaterali con Paesi produttori di energia, qualora tali accordi contengano disposizioni rilevanti in tema di sicurezza degli approvvigionamenti.

La violazione dell’obbligo preventivo di consultazione potrebbe essere censurata dalla Corte di Giustizia, attraverso l’attivazione di una procedura di infrazione, avviata per iniziativa della Commissione (ex art. 258, 260 TFUE) ovvero di un altro Stato membro (ex art. 257 TFUE).

La valorizzazione della clausola di solidarietà può essere particolarmente importante per incrementare il coordinamento tra gli Stati membri e l’Unione nella gestione delle crisi energetiche e per assicurare la capillarità dei poteri di controllo della Commissione sulle misure energetiche nazionali, nonché sugli accordi bilaterali, conclusi dagli Stati membri, per garantire la sicurezza energetica nazionale.

D’altronde, il rafforzamento del valore giuridico della clausola di solidarietà trova una sua giustificazione anche sulla base di ulteriori considerazioni di ordine sistematico. Com’è noto, il Trattato di Lisbona consentirà di potenziare il ruolo dell’Unione nel contesto delle relazioni internazionali: in tale contesto, la politica energetica europea diviene, senza dubbio, un test fondamentale per misurare la capacità dell’Unione di agire e risolvere il problema della sicurezza energetica, legittimandosi come ‘potenza civile’ nelle relazioni internazionali.

Il Trattato di Lisbona prevede una pluralità di basi giuridiche che possono consentire l’adozione di misure di ritorsione nei confronti degli Stati terzi: infatti, in caso di minaccia alla sicurezza energetica, l’Unione può decidere di assumere misure dissuasive, di natura marcatamente protezionistica, idonee a porre fine ovvero a prevenire situazioni di crisi delle forniture.

Si pensi, ad esempio, alle disposizioni di cui agli articoli 63-66 TFUE (ex art. 56-60 CE) sulle misure restrittive alla libera circolazione dei capitali e dei pagamenti. Tali articoli sono stati concepiti allo scopo di consentire un maggior

potere di controllo sulla circolazione dei capitali per motivi di lotta al terrorismo internazionale. Tuttavia, la formulazione delle fattispecie è sufficientemente elastica per poterne estendere l'applicazione anche nei casi di restrizioni agli investimenti diretti, provenienti da società di Paesi Terzi, nei mercati interni dell'elettricità e del gas; la restrizione degli investimenti provenienti dai grandi colossi energetici può essere giustificata sulla base di motivi legati alla sicurezza energetica europea.

Inevitabilmente, queste considerazioni finiscono per evidenziare un certo 'strabismo' dell'ordinamento europeo: si potrebbe infatti sostenere che, a fronte di un conclamato impegno dell'Unione ad adottare, sul piano internazionale, strumenti di cooperazione multilaterale in favore della liberalizzazione dei mercati energetici e della protezione degli investimenti nell'energia, l'Unione si stia dotando degli strumenti interni necessari a difendere i propri interessi in tema di sicurezza energetica. L'effettivo ricorso alle misure restrittive nei confronti di società energetiche di Paesi terzi⁵⁷⁵ può far scivolare la politica energetica europea verso forme più o meno velate di 'nazionalismo energetico'.

5. Alcune considerazioni (non) conclusive

Il valore polisemico della nozione di sicurezza degli approvvigionamenti energetici riflette, sul piano terminologico, la complessità della materia per i suoi continui intrecci tra le dimensioni economiche, normative e politiche.

La pluralità di significati della sicurezza energetica non inficia l'indivisibilità del concetto di sicurezza segnalando, invero, la sussistenza di uno stretto ed inestricabile legame tra la dimensione interna e la dimensione esterna del diritto europeo dell'energia.

⁵⁷⁵ Particolarmente controversa è stata l'inclusione nella proposta della Commissione relativa all'adozione del terzo pacchetto di liberalizzazione dei mercati dell'elettricità e del gas (v. Cap. II, sez. I. § 7) di una clausola sui Paesi terzi, secondo alcuni vera e propria clausola 'anti-Gazprom'. In dottrina sono stati avanzati dubbi sulla compatibilità della 'Third Country Clause' rispetto alla norme dell'OMC a causa degli effetti preclusivi che tale clausola avrebbe potuto avere sugli investimenti diretti delle società dei Paesi terzi nei mercati europei dell'energia, in assenza di reciprocità nei confronti degli investimenti fatti dalle società energetiche europee sui mercati stranieri. Per un maggiore approfondimento sulla questione si rinvia a V. VAN HOOR, 'Unbundling, Reciprocity and the European Internal Energy Market: WTO consistency and broader implications for Europe' in *European Energy and Environmental Law Review*, 2009, pp. 51-76; A. BOUTE, 'Wederkerigheid in Europese and Russische energie-investeringen: Een juridische analyse van de 'Gazprom-clausule'', NTE, 2007, p. 247 e ss.; K. THALUS, 'The third legislative package and ownership unbundling in the light of European Fundamental Rights discourse', CRNI, 3/2008, p. 25 e ss.; J. SELIVANOVA, 'The WTO and Energy: WTO rules and agreements of relevance to the Energy Sector', ICTSD, 2007; R. KOMDUUR, 'Anti-Gazprom policy may force up gas prices', in *European Energy Review*, 2007, pp. 46 e ss.; J. SELIVANOVA, 'WTO rules and Energy pricing: Russia's case', in *Journal of World Trade* 559 (2004), p. 560 e ss.

L'obbligo di coerenza riveste un valore fondamentale per conseguire l'obiettivo della sicurezza energetica, operando sia tra la dimensione interna e quella esterna della politica energetica europea, sia tra quest'ultima e le altre politiche dell'Unione che possono incidere sull'energia, come l'ambiente, il commercio, la concorrenza, le relazioni esterne. La complessa tematica della sicurezza energetica deve essere inquadrata nel suo insieme, tenendo in considerazione la rilevanza nelle azioni interne ed esterne dell'Unione. Infatti, mentre le misure adottate nell'ambito del mercato interno affrontano il tema della sicurezza energetica dal lato della domanda di energia, controllandone il consumo e diversificando le fonti, le misure esterne si occupano dell'energia dal versante dell'offerta, rafforzando la cooperazione internazionale, a livello multilaterale e bilaterale, con i Paesi produttori di combustibili fossili.

Originariamente, il diritto europeo dell'energia aveva affrontato il tema della sicurezza energetica esclusivamente sotto il profilo della dimensione interna. Il riconoscimento di una competenza (implicita) interna sulla sicurezza energetica aveva consentito alla Comunità (ora Unione) di adottare atti a tutela della regolarità delle forniture energetiche, nella prospettiva del buon funzionamento del mercato interno.

La politica energetica europea era prevalentemente orientata all'integrazione dei mercati energetici nella convinzione che il mercato interno, le infrastrutture energetiche europee e la diversificazione della struttura dell'approvvigionamento avrebbero consentito all'Unione di gestire i rischi relativi alla sicurezza energetica. La giurisprudenza della Corte sulle restrizioni alla libera circolazione dei prodotti energetici aveva contribuito a chiarificare, in via pretoria, i limiti della ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e l'Unione in tema di sicurezza energetica.

Tuttavia, le continue e ripetute interruzione degli approvvigionamenti hanno dimostrato le carenze dell'azione dell'Unione, determinando un duplice effetto: da un lato, rendere l'Unione europea consapevole dei nuovi confini dei mercati dell'elettricità e del gas, avvenuti in seguito all'allargamento ad est e, dall'altro, evidenziare l'incapacità di fronteggiare la sfida della sicurezza energetica, in assenza di una dimensione esterna della politica energetica europea.

Nel contesto delle relazioni internazionali, gli stessi elementi di instabilità dei sistemi energetici mondiali (l'aumento della crescita dei consumi di energia ed il conseguente aumento del grado di interdipendenza energetica) hanno spinto i Paesi produttori di combustibili fossili in una direzione parzialmente diversa rispetto a quella scelta dall'Unione europea.

Mentre quest'ultima intraprendeva la strada della liberalizzazione dei mercati energetici dell'elettricità e del gas, concedendo interpretazioni restrittive rispetto alla possibilità di invocare eccezioni per motivi di sicurezza degli approvvigionamenti energetici, altri Paesi produttori di fonti combustibili (*in primis*, la Russia) riscoprivano forme di nazionalismo energetico che, in conformità al principio internazionale della sovranità nazionale sulle risorse

energetiche, consentono di giustificare il controllo pubblico sui mercati dell'energia ed aumentare il ruolo geo-politico della gestione delle risorse energetiche.

Nell'ambito delle relazioni internazionali, bisogna infatti tener conto del quadro di mutevolezza e fluidità del '*risiko*' energetico: l'estensione dei principi della libera concorrenza e delle regole del mercato alla disciplina sulla sicurezza energetica non è ancora un dato acquisito sul piano internazionale, dove sopravvivono varie forme di nazionalismo energetico che mirano a (ri-)legittimare il ruolo dei Paesi produttori di combustibili fossili all'interno della comunità internazionale.

La dimensione esterna della politica energetica europea non riflette dunque solo l'evoluzione del mercato interno ed il processo di allargamento, ma si inserisce nel più ampio contesto delle relazioni internazionali, fondate sul delicato rapporto tra i Paesi consumatori, i Paesi di transito ed i Paesi produttori di energia. Il principio di interdipendenza energetica può divenire un'importante chiave di lettura per interpretare la cooperazione internazionale nel settore dell'energia: esso può essere utilizzato per integrare gli interessi economici dei soggetti internazionali coinvolti.

L'esercizio di una competenza (implicita) esterna in materia di sicurezza energetica ha consentito all'Unione di adottare, insieme agli Stati membri, strumenti internazionali di cooperazione energetica. Il Trattato sulla Carta dell'Energia con le sue disposizioni sui meccanismi di risoluzione delle controversie, in particolare quelle che riguardano la protezione degli investimenti, costituisce indubbiamente il più importante esempio di cooperazione internazionale nel settore dell'energia.

Il sistema ECT rappresenta lo strumento più avanzato di cooperazione energetica in virtù del suo complesso ordinamento, formato da norme di natura sostanziale e, soprattutto, da norme di natura procedurale, relative alle possibili conseguenze che si possono verificare in caso di violazione degli obblighi previsti dal Trattato. La casistica arbitrale, relativa all'applicazione concreta delle disposizioni ETC in materia di investimenti, evidenzia una progressiva 'contaminazione' dei diversi sistemi di risoluzione delle controversie, pur non risolvendo in maniera definitiva la questione dell'uniforme applicazione ed interpretazione delle disposizioni del Trattato.

Il rischio di possibili 'collisioni' interpretative tra i diversi sistemi di risoluzione delle controversie è particolarmente sensibile, anche alla luce della possibilità che la Corte di Giustizia possa pronunciarsi, in sede di rinvio pregiudiziale, sull'applicazione o l'interpretazione degli atti di diritto derivato alla luce delle pertinenti disposizioni dell'ETC, con particolare riferimento alla nozione di investimento e di investitore. Sussiste il rischio concreto di interpretazioni divergenti sulle norme dell'ECT, soprattutto se si considera la tendenza della Corte di Giustizia a 'monopolizzare' l'interpretazione degli accordi internazionali e, attraverso tale via, 'comunitarizzare' l'applicazione degli

stessi. Alla luce della giurisprudenza della Corte sulla diretta applicabilità degli accordi internazionali si potrebbe sostenere che la natura e la struttura dell'ETC non ostano alla possibilità che la Corte possa interpretare gli atti del diritto dell'Unione in maniera conforme alle disposizioni contenute in tale accordo internazionale. Inoltre, la Corte può essere chiamata ad utilizzare le (sole) disposizioni in materia di protezione degli investimenti energetici come norme interposte per giudicare la validità degli atti di diritto derivato che riguardano la sicurezza degli approvvigionamenti energetici.

Da tali considerazioni ne consegue che la molteplicità dei livelli di protezione degli investimenti energetici può dar luogo a diverse opzioni interpretativa con pregiudizio per la certezza del diritto e l'omogeneità di tutela delle situazioni giuridiche.

Tuttavia, il più grave rischio di indebolimento della portata precettiva degli obblighi contenuti nell'ETC e, più in generale, dello scopo del Trattato, dipende dalla mancata ratifica da parte dei maggiori Paesi produttori di combustibili fossili. L'inapplicabilità delle disposizioni dell'ETC nei confronti della Russia ha costretto l'Unione europea a ricercare strade diverse per tutelare la propria sicurezza energetica, in particolare attraverso strumenti di cooperazione bilaterali e dialoghi energetici.

Il dialogo energetico tra l'Unione e la Russia, pur avendo avuto il merito di istituire un quadro istituzionale stabile ed un meccanismo di consultazione permanente tra le parti, non sembra essere riuscito a raggiungere l'obiettivo di garantire una maggiore sicurezza energetica o quanto meno a preservare la stabilità delle relazioni energetiche da tensioni (geo-)politiche. A causa della diversa prospettiva delle parti rispetto al tema della sicurezza, il dialogo energetico si è spesso trasformato in una cornice entro cui ciascuno degli interlocutori ha finito per portare avanti dei 'monologhi paralleli',

Inoltre, la controversa relazione energetica con la Russia ha determinato anche l'acuirsi di tensioni sul fronte interno dell'Unione, con particolare riferimento alle contrapposizioni delle strategie energetiche tra i vecchi ed i nuovi Stati membri.

L'analisi ha messo in evidenza come l'incapacità dell'Unione di 'parlare con una sola voce' in tema di sicurezza energetica dipende, tra gli altri motivi, dall'inefficacia degli strumenti sanzionatori a disposizione delle istituzioni europee per arrestare la polifonia di voci che si registrano sul piano interno. Tuttavia, è possibile colmare la lacuna degli strumenti sanzionatori attraverso un'interpretazione estensiva degli atti interni relativi al mercato dell'elettricità e del gas alla luce delle nuove disposizioni contenute nel nuovo Trattato.

Il Trattato di Lisbona riconosce che la politica energetica europea deve svolgersi in uno 'spirito di solidarietà': la clausola di solidarietà può rappresentare un limite all'intervento unilaterale degli Stati membri per la tutela della sicurezza energetica nazionale, attraverso la conclusione di accordi di fornitura di lunga durata con i Paesi terzi.

Una lettura teleologicamente orientata delle disposizioni di diritto derivato sulla sicurezza energetica alla luce del principio solidaristico consente un'interpretazione estensiva della nozione di 'grave sicurezza' dell'approvvigionamento che possa ricomprendere anche le ipotesi di serie minacce alla fornitura di energia. Ciò consentirebbe l'attivazione di meccanismi comunitari che prevedono, in capo agli Stati membri, obblighi di consultazione con le istituzioni europee in caso di gravi crisi energetiche, la cui violazione può essere sanzionata tramite il ricorso alla procedura di infrazione.

Il principio solidaristico può rafforzare la dimensione esterna della politica energetica europea e garantire, non solo la leale cooperazione tra le istituzioni europee e gli Stati membri, ma anche tra questi ultimi. Il rispetto della clausola di solidarietà tra gli Stati membri può essere particolarmente importante se si considera la situazione dei nuovi Stati membri che risultano i più esposti alle minacce di interruzioni delle forniture da parte della Russia.

In conclusione, dalla sinergia e della coerenza tra la dimensione interna e quella esterna della politica energetica europea dipenderà, in larga misura, la capacità dell'Unione di affrontare il tema della sicurezza energetica e rilanciare l'immagine dell'Unione come 'potenza civile'⁵⁷⁶ nel contesto delle relazioni energetiche internazionali.

⁵⁷⁶ L'espressione è di Telò in G. LASCHI, M. TELÒ (a cura di), *L'Europa nel sistema internazionale: sfide, ostacoli e dilemmi nello sviluppo di una potenza civile*, cit., p. 164 e ss.

CONCLUSIONI

L'energia rappresenta, anche da un punto di vista giuridico, un argomento affascinante per la complessità tecnica e la trasversalità gnoseologica. Essa ha inoltre costituito uno stimolante banco di prova del percorso di sovranazionalità intrapreso dall'ordinamento dell'Unione: nella storia del diritto dell'Unione europea l'energia è stata la scintilla da cui ha avuto origine il processo di integrazione europea nelle fonti primarie dei trattati (il riferimento va, ovviamente, al trattato di Parigi, ora scaduto), fornendo alla Corte di Giustizia l'occasione per elaborare alcuni tra i principi strutturali del diritto dell'Unione (si pensi, ad esempio, alla celeberrima pronuncia nel caso *Costa contro ENEL*).

Successivamente, lo studio del diritto europeo dell'energia ha seguito l'oblio che ha coinvolto i trattati settoriali, marginalizzati dall'espansione materiale della competenza energetica nel trattato di Roma e nelle sue successive revisioni.

Più recentemente, l'analisi del diritto europeo dell'energia ha suscitato una rinnovata attenzione che, in senso inverso, muove le premesse dall'esaltazione della specificità del settore energetico per affermare una 'presunta' (invero, malintesa) eccezionalità dell'energia rispetto alle altre politiche dell'Unione. La valorizzazione dell'intero settore energetico, in termini di specialità, finisce per esaltarne la natura derogatoria rispetto all'applicazione della disciplina generale. In tal modo, la recente fioritura della letteratura economica, giuridica, politica e di *law and economics* sull'energia, stimolata dal senso novità che avvolge l'argomento, anche in virtù del rapido evolversi della legislazione europea sulle liberalizzazioni dei mercati dell'elettricità e del gas, nonché sui cambiamenti climatici, troppo spesso finisce per dimenticare quella che, invece, è stata una lenta e progressiva evoluzione della competenza dell'Unione in questa materia.

Uno sguardo retrospettivo al diritto europeo dell'energia segnala l'esigenza di ricomporre in chiave organica e sistematica una vasta produzione normativa che taglia, in senso longitudinale, molte politiche dell'Unione e copre, in senso diacronico, l'intero processo di integrazione europea.

La copiosa legislazione di diritto derivato e la prassi della Commissione hanno determinato lo stratificarsi di norme, istituti e principi regolatori caratterizzati, in taluni casi, da incoerenze e tensioni tra interessi contrapposti che la giurisprudenza pretoria della Corte di Giustizia dell'Unione europea ha cercato di ricomporre ad unità di sistema, attraverso il ricorso alla categoria dei principi generali.

Al riguardo, non si può certo sostenere che l'introduzione di una nuova disposizione del Trattato di Lisbona sul funzionamento dell'Unione (ex art. 194 TFUE) ed il riconoscimento del carattere concorrente della competenza delle istituzioni europee nel settore dell'energia (ex art. 4 lett. i) TFUE) possano

costituire, di per sé, strumenti idonei e sufficienti a fugare tutti i dubbi e le aporie presenti nella politica energetica europea. Indubbiamente, la previsione di un nuovo titolo (XXI) sulla politica energetica europea riconsegna all'energia lo spazio che le compete all'interno dell'ordinamento europeo; tuttavia, esso non rappresenta il punto di approdo di una politica che, per la sua natura magmatica, presenta un forte grado di quello 'squilibrio dinamico'⁵⁷⁷ che caratterizza, in senso più generale, l'evoluzione continua del processo di integrazione. Tutta la storia del diritto europeo dell'energia testimonia come la politica energetica sia spesso risultata terreno di scontro, ma anche di continuo confronto tra gli interessi nazionali degli Stati membri e gli interessi sovranazionali dell'Unione europea. In questa prospettiva storica ed evolutiva, le nuove disposizioni del Trattato di Lisbona sulla politica energetica europea costituiranno, con tutta probabilità, un nuovo punto di partenza del processo di integrazione europea nello specifico ambito energetico.

Il primo capitolo del presente lavoro è stato dedicato all'evoluzione storica della competenza dell'Unione in tema di energia alla ricerca della 'introvabile' politica energetica europea nel sistema delle fonti del diritto primario dell'Unione; come si è avuto modo di dimostrare nel corso della trattazione, il c.d. 'paradosso energetico', espressione con cui si intende descrivere l'assenza di una base giuridica dedicata all'energia nel Trattato di Roma a fronte dell'esistenza di altri due trattati a competenza settoriale completamente dedicati a taluni beni energetici, si fonda su una contraddizione più apparente che reale.

All'epoca dell'adozione dei trattati comunitari, sembrò sufficiente disciplinare la gestione comune dell'energia di allora (il carbone e l'acciaio) e di quella che si riteneva sarebbe stata l'energia del futuro (il nucleare), nonostante gli Stati Uniti d'America avessero avviato, sin dal 1927, una transizione energetica ad un ciclo economico fondato sulle risorse petrolifere. Con l'avvento del petrolio quale fonte energetica principale dei sistemi industriali, l'Unione si ritrovò in maniera quasi improvvisa da Paese produttore di fonti energetiche a Paese importatore, scoprendo la propria vulnerabilità in tema di sicurezza energetica.

Dal punto di vista delle fonti del diritto dell'Unione, in assenza di una base giuridica dedicata all'energia, la legislazione europea si è caratterizzata per la fragilità del contenuto precettivo delle disposizioni e per la frammentarietà della disciplina; il fallimento dei piani energetici europei adottati in risposta e reazione ai due shock petroliferi del 1973 e del 1979, misero in rilievo le carenze di un approccio regolatorio, fondato su atti di *soft law*, che lasciava alla spontanea convergenza delle politiche energetiche nazionali il raggiungimento di obiettivi decennali di carattere peraltro programmatico e non vincolante.

⁵⁷⁷ L. S. Rossi, 'Il buon funzionamento del mercato comune: delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri', Giuffrè, Milano, 1990, p. 214 e ss.

La ricostruzione storica del processo evolutivo che ha portato alla lenta affermazione della competenza dell'Unione sull'energia ha messo in luce l'estrema parcellizzazione della disciplina materiale del diritto europeo dell'energia, dovendosi la stessa fondare, ora sul diritto della concorrenza, ora sul diritto ambientale, ora sulle relazioni esterne, senza che vi fossero gli opportuni collegamenti tra la dimensione interna e la dimensione esterna dell'azione dell'Unione sull'energia.

La frammentarietà della disciplina energetica richiede un'attività ermeneutica di ricomposizione delle norme di diritto derivato alla luce delle disposizioni dei trattati e dei principi generali di diritto dell'Unione che sia in grado di offrire coerenza al tema dell'energia e conformità rispetto ad altri obiettivi del trattato; inoltre, la debolezza regolatoria ha impedito al legislatore europeo di adottare un approccio globale ed integrato su scelte di politica energetica ed industriale, particolarmente importanti per consentire alle imprese europee di affrontare le sfide della competizione internazionale.

Nel secondo capitolo è stata affrontata la disciplina relativa ai mercati interni dell'elettricità e del gas, distinguendo tra un'analisi statica, rivolta allo studio del processo di liberalizzazione dei mercati energetici, ed un'analisi dinamica, finalizzata ad osservare l'applicazione concreta delle regole antitrust alle imprese energetiche.

Sotto il primo profilo, l'utilizzo dell'articolo 114 TFUE (già art. 95 CE) come base giuridica per l'adozione delle direttive di armonizzazione legislativa e regolatoria, ha rappresentato, al contempo, una necessità ed un limite all'azione dell'Unione in ambito energetico. Se, da un lato, si può affermare che l'art. 95 CE ha consentito di avviare il processo relativo alle liberalizzazioni dei mercati nazionali dell'elettricità e del gas, dall'altro, si è messo in evidenza come il ricorso sistematico a tale base giuridica abbia determinato un appiattimento della politica energetica europea sulla disciplina della concorrenza e dei mercati.

La liberalizzazione dei mercati energetici non è avvenuta in modo estemporaneo, ma ha dato vita ad un processo graduale, contrassegnato da diverse fasi. La prima fase della liberalizzazione energetica ha segmentato il mercato dell'elettricità e del gas in due parti: da un lato, il mercato dei clienti idonei, soggetto alla libera concorrenza e dall'altro, i clienti finali legati alle imprese storiche di distribuzione. Tuttavia, l'ampio margine di manovra lasciato agli Stati membri in merito alle definizioni delle tipologie dei clienti ha finito per determinare un diverso grado di apertura dei mercati energetici nazionali; le asimmetrie normative generate dalla non uniforme applicazione delle prime direttive sulle liberalizzazioni dei mercati energetici hanno favorito l'inadempimento strategico da parte di alcuni Stati membri che hanno preferito adottare un atteggiamento protezionistico nei confronti dei rispettivi 'campioni nazionali'.

Invero, la giurisprudenza pretoria della Corte di giustizia ha finito per svolgere un'importante azione di supplenza, evitando che gli Stati membri potessero ricorrere alla deroghe previste per la sicurezza pubblica, ovvero per l'adempimento degli obblighi di pubblico servizio, al precipuo scopo di sottrarsi ai vincoli giuridici derivanti dalla normativa europea e sfruttare, a proprio vantaggio, le asimmetrie create dalle diverse velocità di apertura dei mercati energetici nazionali alla libera concorrenza.

Neanche la seconda fase delle liberalizzazioni, con le direttive della seconda metà degli anni '90, è riuscita a creare un vero mercato interno dell'energia, pur segnando una decisa accelerazione del processo di apertura dei mercati energetici al principio della libera concorrenza. Infine, con l'adozione del terzo pacchetto di liberalizzazione dell'elettricità e del gas, il legislatore europeo ha cercato di compiere un ulteriore (ultimo?) passo di avvicinamento verso la completa armonizzazione dei mercati energetici. La legislazione sostanziale e procedurale sull'energia ha modificato profondamente la struttura dei mercati *de quibus*; l'applicazione concreta del diritto antitrust nei mercati energetici ha messo in evidenza l'impatto del processo di liberalizzazione sui comportamenti delle imprese energetiche. Prima dell'entrata in vigore della normativa sulle liberalizzazioni energetiche, i mercati dell'elettricità e del gas avevano una dimensione geografica di tipo nazionale, ovvero, in taluni casi, regionale, e si caratterizzavano per la presenza di poche imprese, generalmente in posizione di oligopolio. Le imprese energetiche nazionali potevano orientare prevalentemente la loro attività di produzione e distribuzione nei confronti dei consumatori nazionali, non temendo la concorrenza di altre imprese straniere a causa del basso grado di contendibilità dei mercati e della insufficiente interconnessione delle infrastrutture energetiche. L'adozione della normativa sulla liberalizzazione dei mercati energetici non ha ingenerato un dinamismo competitivo nei mercati energetici, perché le imprese hanno cercato di stringere alleanze e fusioni incrociate tra di loro, al fine di difendere i propri mercati nazionali ed anestetizzare l'effetto competitivo indotto dalle liberalizzazioni. Di fronte a questa situazione, la Commissione ha abbandonato la politica di indulgenza adottata negli anni '80, avviando numerose indagini in materia di concorrenza, con particolare riferimento ai casi di concentrazione.

Dall'analisi delle decisioni della Commissione è emersa una copiosa casistica in cui sono stati dichiarati incompatibili con il mercato comune, per violazione dell'articolo 101 TFUE (già art. 81 CE), tutta una serie di accordi orizzontali e verticali restrittivi della concorrenza, come i cartelli, gli accordi di commercializzazione, gli accordi sulla produzione, gli accordi di distribuzione esclusiva. Con particolare riferimento alla categoria relativa agli accordi fornitura di lunga durata, la ricerca ha evidenziato il difficile apprezzamento tra le esigenze di contemperare, da un lato, la tutela della sicurezza degli approvvigionamenti energetici e, dall'altro, la libera concorrenza tra le imprese energetiche.

Come risulta dall'analisi svolta nel capitolo II, alle istituzioni europee è attribuito il delicato compito di applicare la tecnica del bilanciamento degli interessi rispetto ai singoli casi concreti; naturalmente, tale bilanciamento non può essere cristallizzato in una formula generale ed astratta, perennemente valida in tutti i casi, ma deve operare in una prospettiva caso per caso, tenendo conto dei continui mutamenti indotti dal processo di integrazione dei mercati dell'elettricità e del gas.

Per quanto riguarda l'illecito *antitrust* costituito dall'abuso di posizione dominante, l'indagine si è concentrata sulla prassi specifica dei mercati energetici, con particolare riguardo alla pratica dei prezzi discriminatori, al diniego di accesso alla rete elettrica ed alla vendita collegata di elettricità e gas. Più in particolare, sono stati messi in luce i limiti degli attuali strumenti di monitoraggio sul sistema di formazione dei prezzi dell'elettricità che non consentono di conoscerne in maniera adeguata la struttura dei costi marginali. Nell'attesa di procedere ad una riforma degli strumenti di controllo della Commissione sulla valutazione dei prezzi eccessivi ovvero sui prezzi sottocosto nei mercati energetici, un carattere prioritario può essere assegnato alle indagini sui prezzi discriminatori. In quest'ultima ipotesi, infatti, la valutazione sulle possibili cause di giustificazione sulla diversità di prezzo può prescindere dall'esatta conoscenza delle funzioni di costo dei prodotti energetici e consente di estendere anche ai consumatori finali i benefici sulla concorrenza delle tariffe indotti dal processo di liberalizzazione di matrice europea.

Infine, per quanto riguarda la vendita collegata, l'analisi ha dimostrato come non sussistano ragioni oggettive che giustifichino tale pratica; pur dovendosi sottolineare un graduale processo di sostituibilità dei prodotti energetici, l'elettricità ed il gas rimangono, almeno per il momento, prodotti distinti, sia in base alla loro natura, come dimostra l'indagine sul mercato merceologico rilevante, sia in base agli usi commerciali per cui vengono richiesti.

In tema di disciplina sugli aiuti di Stato, il processo di liberalizzazione dei mercati energetici di matrice europea non ha determinato, di per sé, il definitivo allontanamento dello Stato dall'intervento pubblico nei mercati dell'elettricità e del gas, quanto semmai un rimodulamento dei rapporti tra i finanziamenti pubblici e le società private che operano nei mercati in esame.

La Corte di giustizia si è pronunciata in varie occasioni sul tema della compatibilità dei finanziamenti pubblici alle imprese energetiche rispetto alla disciplina degli aiuti di Stato; ai fini della nostra analisi, è risultata particolarmente rilevante la giurisprudenza della Corte sui casi relativi agli aiuti che sono stati autorizzati ai sensi dell'art. 107, paragrafo 3, TFUE per motivi di tutela delle esigenze ambientali, per la compensazione dei costi non più recuperabili a seguito dell'introduzione delle liberalizzazioni, ovvero per la tutela della sicurezza degli approvvigionamenti.

Infine, l'analisi dell'evoluzione normativa e della giurisprudenza dei SIEG nel settore energetico, ha fornito importanti elementi non solo rispetto alla concreta applicazione degli obblighi di servizio pubblico nei servizi a rete, ma anche sull'evoluzione generale del modello dei SIEG nell'ordinamento europeo. I servizi energetici si sono dimostrati restii ad essere attratti alla disciplina dei SIEG. La promozione della concorrenza nella gestione dei servizi energetici non ha eliminato il carattere pubblicistico di cui sono intrisi i meccanismi di gestione di tali servizi, ma ha spostato il piano dei conflitti interpretativi dal diritto primario alle norme specifiche di disciplina degli obblighi di servizio pubblico contenute nelle direttive di liberalizzazione. Si è posto dunque il problema dei rapporti tra la normativa di diritto derivato e la deroga di cui all'articolo 106, paragrafo 2, TFUE così come è stato interpretato dalla Corte di Giustizia.

Si è osservato come il piano normativo relativo all'attuazione degli obblighi di servizio pubblico ed il piano interpretativo sull'articolo 106 TFUE si siano influenzati vicendevolmente in un dialogo a distanza. Il processo di liberalizzazione, finalizzato alla creazione del mercato interno dell'energia, ha gradualmente armonizzato la materia degli obblighi di servizio pubblico fino a tipizzare gli standard minimi di tutela in materia di sicurezza degli approvvigionamenti, tutela ambientale e protezione dei consumatori recuperando, sul piano normativo, la giurisprudenza dei SIEG sull'energia. La liberalizzazione del settore energetico ha a sua volta influito sull'interpretazione dell'articolo 106, paragrafo 2, TFUE in quanto ne ha ristretto il campo di applicazione ai settori armonizzati, ovvero in via di completa armonizzazione come nel caso dell'energia.

Lo spazio residuale di applicazione dell'articolo *de quo* nei settori coperti da armonizzazione legislativa, tende a non riguardare più la giustificazione di eventuali illeciti antitrust ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE, quanto piuttosto mira a controllare la corretta applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato, sulla base dell'articolo 107 TFUE. Poiché la normativa di settore nulla dice in merito al finanziamento degli obblighi di servizio pubblico nell'energia, è stata la giurisprudenza della Corte a valorizzare il ricorso all'articolo 106, paragrafo 2, TFUE per valutare l'esistenza di aiuti di Stato in materia di compensazione dei costi per all'assolvimento degli oneri di servizio pubblico. La valorizzazione del ricorso all'articolo 106 TFUE, in funzione della disciplina degli aiuti di Stato, diviene del resto tanto più necessaria, quanto più le imprese energetiche tendono a trasformarsi in '*multiutilities*', ovvero mirano ad estendere il loro campo di attività dal settore energetico, ad altri settori dei servizi a rete, come quelli relativi all'acqua, al trasporto, alla gestione del ciclo dei rifiuti.

Sul piano più generale, la definizione armonizzata a livello europeo degli standard minimi di servizi pubblici dell'energia consente di delineare obiettivi di politica sociale, secondo un modello di organizzazione dei servizi

pubblici, particolarmente orientato a rafforzare la protezione dei consumatori, come dimostra anche la recente elaborazione della Carta europea per i diritti dei consumatori dell'energia.

Secondo quanto si è visto nel capitolo III del presente lavoro, l'evoluzione della competenza dell'Unione in tema di energia si è sviluppata parallelamente al rafforzamento della dimensione ambientale della politica energetica europea. L'analisi della normativa europea sulle fonti rinnovabili e sulla lotta ai cambiamenti climatici ha evidenziato il nuovo approccio inaugurato, a livello europeo, sulla gestione delle esternalità negative rappresentate dall'inquinamento atmosferico. La dimensione ambientale della politica energetica europea ha aperto la strada ad una nuova fase di 'sperimentazione legislativa', con un intervento pubblico in economia che prevede un'innovativa combinazione di elementi di regolazione pubblica ed elementi di neo-contrattualismo. Il principio di economicità della tutela ambientale si è concretizzato nella creazione di nuovi beni giuridici di matrice pubblica (certificati bianchi, quote di emissioni, garanzie di origine) sui quali la dottrina continua ad interrogarsi, elaborando diversi orientamenti sulla controversa natura giuridica.

Il mercato delle quote di emissioni non si limita a generare nuovi beni giuridici, ma ne affida la gestione ai privati, attraverso strumenti di mercato che si basano sulla negoziazione di obblighi di conformazione rispetto ad una disciplina legale. Se dal medesimo approccio regolatorio nascono istituti giuridici simili che rispondono a principi ispiratori comuni (il principio di integrazione ambientale, il principio dello sviluppo sostenibile, il principio di economicità nella gestione delle esternalità negative, il principio della responsabilità comune ma differenziata), l'analisi delle singole disposizioni delle direttive sulle fonti rinnovabili e di quelle sul mercato delle quote di emissioni dimostra come il legislatore europeo non sia ancora riuscito a creare un quadro normativo unitario. La mancata armonizzazione dei procedimenti di certificazione delle energie rinnovabili lascia agli Stati membri un margine di discrezionalità molto ampio che rischia di ostacolare lo sviluppo delle fonti rinnovabili quando, invece, esse dovrebbero costituire, nell'ottica del legislatore europeo, la principale leva per conseguire gli obiettivi di riduzione delle emissioni inquinanti. Il contenzioso che, inevitabilmente, sta sorgendo in tema di libera circolazione dei certificati di origine fornirà alla Corte di Giustizia l'occasione per precisare la portata del principio del muto riconoscimento sulle garanzie di origine, eliminando gli attuali ostacoli al corretto funzionamento dei mercati dell'energia verde.

Se l'assenza di opportuni collegamenti tra la disciplina sulle fonti rinnovabili e quella sui cambiamenti climatici crea problemi di certezza del diritto nei confronti degli operatori economici, l'effetto combinato tra gli obiettivi vincolanti di riduzione delle emissioni inquinanti e gli obblighi di ricorrere alle fonti rinnovabili in una percentuale determinata del *mix* energetico

potrà determinare un irrigidimento delle posizioni di alcuni Stati membri (*in primis*, il Regno Unito), con il conseguente ricorso alla procedura speciale di cui all'articolo 192, paragrafo 2, lett. c) del TFUE in sede di revisione delle citate normative. Tale disposizione prevede una procedura decisionale speciale, in deroga all'ordinaria procedura di co-decisione, per l'adozione di atti che stabiliscono misure aventi una 'sensibile' incidenza sulla scelta di uno Stato membro tra diverse fonti di energia e sulla struttura generale dell'approvvigionamento energetico del medesimo. L'obiettivo della lotta ai cambiamenti climatici richiede, invece, una forte cooperazione tra gli Stati membri e le istituzioni europee sugli impegni di riduzione delle emissioni inquinanti, anche attraverso un graduale processo di sostituzione dei combustibili fossili con le fonti rinnovabili nella struttura dell'approvvigionamento energetico. Tuttavia, è del tutto evidente che la posizione dell'Unione europea in materia di lotta ai cambiamenti climatici non dipende solo dall'adeguamento della politica energetica europea ai criteri di sostenibilità ambientale, ma è legata, in massima parte, alla promozione delle misure di mitigazione ed adattamento ai cambiamenti climatici sul piano internazionale. A tale riguardo, il piano 20-20-2020 elaborato dalla Commissione europea sulla lotta ai cambiamenti climatici prevedeva un meccanismo di adeguamento automatico degli obblighi di riduzione delle emissioni inquinanti in caso di raggiungimento di un nuovo accordo internazionale sui cambiamenti climatici, in sostituzione del Protocollo di Kyoto. Lo svolgimento dei recenti negoziati internazionali, in seno alla Conferenza di Copenaghen (COP 15), ha messo in evidenza la marginalizzazione della posizione dell'Unione, particolarmente proattiva ed intransigente nel settore della lotta ai cambiamenti climatici, rispetto ai diversi interessi sostenuti, in particolare, dalla Cina e dagli USA.

Lo stato attuale di sviluppo della politica internazionale sui cambiamenti climatici non permette di giungere a conclusioni sicure rispetto all'evoluzione della normativa europea sui cambiamenti climatici ed al suo impatto sulla politica energetica degli Stati membri. Ai fini della nostra analisi, ci si può limitare a fare due osservazioni di carattere generale. In primo luogo, è stato osservato l'impatto che (il mancato accordo di) Copenaghen può avere sulla legislazione europea in tema di mercato delle quote di emissioni; in secondo luogo, è stato evidenziato come, mentre la posizione dell'Unione è risultata compatta sul piano esterno, anche per non indebolire il ruolo della Commissione europea in sede di negoziati internazionali, essa risulta ben più frastagliata sul piano interno, come dimostrano le recenti controversie che hanno dato origine a varie pronunce del Tribunale su alcune disposizioni della direttiva ETS.

A livello internazionale, l'accordo di Copenaghen non dovrebbe costituire un accordo giuridicamente vincolante, rappresentando piuttosto un compromesso politico che cristallizza nell'obiettivo del contenimento di 2°

centigradi l'obbligo di riduzione delle emissioni inquinanti, rinviando una serie di importanti questioni, tra cui la disciplina sul monitoraggio del rispetto dei vincoli di riduzione, alla successiva Conferenza di Città del Messico (COP 16) sui cambiamenti climatici. Di conseguenza, dovrebbe essere precluso l'incremento automatico nella misura del - 30%, dell'obbligo di riduzione delle quote di emissione, come previsto nel piano 20-20-2020, in quanto tale aumento poteva scattare solo in caso di conclusione di un accordo internazionale giuridicamente vincolante sulla riduzione delle quote.

A livello europeo, la disciplina sulle quote di emissioni ha dato luogo a due diversi filoni giurisprudenziali: il primo ha riguardato una serie di ricorsi di annullamento presentati da persone fisiche e giuridiche, in particolare società energetiche e siderurgiche, sulla compatibilità delle decisioni della Commissione sull'approvazione dei piani nazionali di assegnazione delle quote rispetto al principio generale della parità di trattamento⁵⁷⁸. Il secondo filone concerneva, invece, una pluralità di ricorsi di annullamento presentati dagli Stati membri contro le decisioni della Commissione di rigetto dei piani nazionali sulle quote di emissioni⁵⁷⁹.

Con riferimento alla prima tipologia di ricorsi, a fronte di una serie di ordinanze di irricevibilità dei ricorsi per difetto di legittimazione ad agire dei privati, la Corte di Giustizia è stata investita della questione relativa alla compatibilità tra la direttiva ETS ed il principio generale della parità di trattamento, in sede di rinvio pregiudiziale, attraverso la sentenza *Arcelor*⁵⁸⁰, la quale risulta particolarmente interessante anche in tema di rapporti tra il diritto costituzionale francese ed il diritto dell'Unione europea. In detta sentenza la Corte ha escluso che la normativa ETS violasse il principio della parità di trattamento, sottolineando l'originalità e la complessità del sistema istituito dalla normativa europea; più in particolare, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha stabilito che la complessità e l'originalità che caratterizza l'architettura del sistema ETS giustifica il ricorso alla tecnica della 'sperimentazione legislativa'. Il ricorso alla sperimentazione legislativa autorizza il legislatore europeo a godere di un ampio margine di discrezionalità nel decidere l'opportunità ed il ritmo di un'armonizzazione, da realizzarsi in più fasi successive, anche attraverso l'esclusione, ovvero l'inclusione, di

⁵⁷⁸ *Ex multis*, v. ordinanza del Tribunale 27 ottobre 2008, *Buzzi Unicem c. Commissione*, in *Racc.* p. II-234; ordinanza della Corte di Giustizia 10 gennaio 2009, *Saint-Gobain Glass Deutschland c. Commissione*, in causa C-503/07, non ancora pubblicata e ordinanza della Corte di Giustizia 10 gennaio 2009, *US Steel Košice c. Commissione*, in causa C-06/08, non ancora pubblicata.

⁵⁷⁹ V. sentenza del Tribunale 7 novembre 2007, in causa T-374/04, *Germania c. Commissione*, in *Racc.* p. II-4431; sentenza del Tribunale 23 settembre 2009, in causa T-263/07, *Estonia c. Commissione*, non ancora pubblicata e sentenza del Tribunale 23 settembre 2009, in causa T-183/07, *Polonia c. Commissione*, non ancora pubblicata

⁵⁸⁰ Sentenza della Corte 16 dicembre 2008, in causa C-127/07, *Arcelor*, *cit.*

determinati comparti industriali tra i destinatari degli obblighi di riduzione delle quote di Co2.

Con riferimento al secondo filone giurisprudenziale, le pronunce dei giudici comunitari hanno contribuito a precisare la ripartizione dei ruoli e delle competenze tra gli Stati membri e la Commissione in materia di approvazione dei PNA. Secondo i giudici comunitari l'interpretazione teleologica e sistematica delle disposizioni della direttiva (in particolare, gli articoli 9, 11 della direttiva 2003/87/CE, nonché il suo allegato III) suggerisce che gli Stati membri godono di una competenza esclusiva nell'elaborazione dei PNA laddove, invece, il potere di controllo della Commissione risulta temporalmente limitato e funzionalmente circoscritto alle specifiche ipotesi di incompatibilità previste dall'articolo 10 e dall'allegato III della direttiva. Di conseguenza, le decisioni della Commissione relative alla previsione di un limite massimo ('CAP') al totale di quote presenti nei piani nazionali sono state annullate in quanto lesive del riparto della competenza perché le valutazioni economiche ed ambientali elaborate dalla Commissione finivano, di fatto, per sostituirsi alle scelte di politica industriale ed energetica operate dai singoli Stati membri in sede di elaborazione dei PNA. Inoltre, i giudici comunitari hanno sottolineato l'effetto utile delle consultazioni pubbliche che possono consentire di correggere le distorsioni della concorrenza generate dal rischio di eccesso di quote di emissioni. In effetti, il *surplus* di quote nel lato dell'offerta non sembra aver finora consentito il corretto funzionamento del mercato delle quote, pregiudicando l'efficacia del sistema ETS, sia sotto il profilo ambientale che sotto il profilo economico.

Il contenzioso tra gli Stati membri e la Commissione europea in materia di scambio delle quote di emissione conferma, da un lato, il delicato equilibrio nella ripartizione delle competenze tra istituzioni europee e Stati membri in materia di lotta ai cambiamenti climatici; dall'altro, sottolinea i problemi relativi al monitoraggio degli obblighi di riduzione delle quote di emissioni, nonché la concreta applicazione del principio delle responsabilità condivise ma differenziate, evidenziando quelle che sono state alcune tra le maggiori criticità anche in seno al negoziato internazionale di Copenhagen.

Infine, nel quarto ed ultimo capitolo del presente lavoro, si è affrontato il tema della sicurezza energetica. La ricerca dimostra come, in principio, il diritto europeo dell'energia avesse affrontato il tema della sicurezza energetica esclusivamente sotto il profilo della dimensione interna, nell'erroneo convincimento che l'integrazione dei mercati energetici nazionali avrebbe consentito all'Unione di gestire agevolmente i molteplici rischi della (in)sicurezza energetica. Tuttavia, le continue minacce di interruzioni degli approvvigionamenti di gas da parte dei Paesi fornitori hanno segnalato la carenza dell'azione dell'Unione, in assenza di una reale dimensione esterna della politica energetica europea. Benché la Corte si sia pronunciata in varie occasioni sulla portata delle deroghe alla libera circolazione dei prodotti

energetici, consentendo di chiarire la natura ed i limiti della ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri sulla sicurezza energetica, la separazione dei poteri e delle responsabilità rimangono all'interno di un processo fluido, ancora lontano da una sistemazione definitiva.

Da un lato, il processo di liberalizzazione dei mercati nazionali dell'elettricità e del gas finalizzato alla creazione di un mercato interno dell'energia e, dall'altro, l'allargamento dell'Unione ai Paesi dell'est hanno incrementato considerevolmente il grado di interdipendenza energetica interna, tra gli Stati membri, nonché quello esterno, tra l'Unione ed i Paesi terzi, produttori di energia.

La questione della dimensione esterna della sicurezza energetica ha acquisito un'attenzione crescente, come dimostrano i numerosi accordi bilaterali di cooperazione e sviluppo con i Paesi produttori di fonti energetiche, ovvero i trattati internazionali multilaterali conclusi dall'Unione in tema di energia. Tuttavia, l'estensione dei principi della libera concorrenza e le regole del mercato in ambito energetico, se sono stati riconosciuti come principi fondamentali di regolamentazione delle relazioni energetiche all'interno dell'Unione, non risultano ancora generalmente accettati sul piano internazionale dove, invece, sopravvivono varie forme di nazionalismo energetico.

Infatti, nell'ambito delle relazioni internazionali si segnala un livello crescente di tensione tra i Paesi consumatori, dove i mercati energetici sono ormai soggetti ai principi della libera concorrenza, ed i Paesi produttori di energia, che difendono i propri interessi nazionali giustificando, sulla base del principio della sovranità sulle risorse energetiche, un utilizzo delle stesse in chiave geo-politica.

Secondo quanto è emerso nel capitolo IV del presente lavoro, il principio di interdipendenza energetica può contribuire a rafforzare la cooperazione internazionale nel settore dell'energia, integrando gli interessi economici dei Paesi consumatori con quelli dei Paesi produttori e di transito.

La strategia dell'Unione in tema di sicurezza energetica si avvale, sul piano multilaterale, del ricorso agli strumenti di diritto internazionale pattizio e, sul piano bilaterale, alle relazioni energetiche con i principali Paesi produttori di combustibili fossili.

Nella prospettiva del diritto internazionale convenzionale, il Trattato sulla Carta dell'energia con le sue norme di natura sostanziale e procedurale costituisce indubbiamente lo strumento internazionale più avanzato di cooperazione energetica. Tuttavia, la molteplicità dei livelli di protezione delle relazioni energetiche previsti dalle norme procedurali del Trattato sulla Carta dell'energia rischia di pregiudicare la certezza del diritto e l'omogeneità dei livelli di tutela delle situazioni giuridiche, con particolare riferimento alla protezione degli investitori energetici. L'analisi della prassi dei diversi meccanismi di risoluzione delle controversie sulla violazione delle disposizioni

del Trattato sulla Carta dell'energia, pur evidenziando una progressiva 'contaminazione' tra i diversi sistemi arbitrari, non riesce a risolvere in modo definitivo il problema dell'uniforme applicazione delle disposizioni del trattato.

La molteplicità dei livelli di protezione, che potrebbe arricchirsi in futuro anche dell'intervento della Corte di Giustizia, potendosi al riguardo estendere la giurisprudenza della Corte relativa all'interpretazione degli accordi internazionali anche ad alcune disposizioni del Trattato sulla Carta dell'energia, non esime dal pericolo che si verifichino 'collisioni' interpretative, soprattutto in tema di protezione degli investimenti energetici.

Sul piano bilaterale, l'Unione ha cercato di instaurare relazioni energetiche con i Paesi produttori di combustibili fossili allo scopo di creare un quadro istituzionale stabile ed un meccanismo di consultazione permanente tra le parti; tuttavia, la diversa prospettiva degli interlocutori rispetto al tema della sicurezza energetica, ha messo in luce le difficoltà di tali strumenti bilaterali rispetto all'obiettivo di preservare la stabilità delle relazioni energetiche da tensioni geo-politiche. Inoltre, il 'dialogo energetico' tra l'Unione europea e la Russia rischia di acuire la diversa composizione degli interessi nazionali sul piano interno, segnalando le differenti strategie sulla sicurezza energetica tra vecchi e nuovi Stati membri.

L'analisi pone in evidenza come l'incapacità dell'Unione di 'parlare con una sola voce' in materia di sicurezza energetica sul piano esterno dipende, tra gli altri motivi, dall'inefficacia degli strumenti sanzionatori a disposizione delle istituzioni comunitarie per arrestare la polifonia di voci che si registra sul piano interno. In questa prospettiva, il principio solidaristico richiamato dall'articolo 194 TFUE e che costituisce un'espressione specifica, nel settore dell'energia, del generale principio di leale cooperazione tra gli Stati membri e le istituzioni europee, può consentire di rafforzare la dimensione esterna della politica energetica europea ed assicurare coerenza rispetto alla dimensione interna. Infatti, poiché il concetto di solidarietà è alla base del sistema di salvaguardia previsto dal Trattato, non può esservi il corretto funzionamento dei mercati interni dell'elettricità e del gas ove ciascuno Stato membro cerchi di chiudere il proprio mercato nazionale attraverso contratti di fornitura di lunga durata.

Il principio di solidarietà diventa un limite alla possibilità degli Stati membri di ricorrere alla esigenza imperativa di tutelare la sicurezza (interna) degli approvvigionamenti energetici per derogare ai principi relativi alla libera circolazione dei prodotti energetici. L'interpretazione estensiva di talune norme di diritto derivato alla luce del principio solidaristico può consentire il ricorso ai meccanismi comunitari, previsti in caso di grave sicurezza dell'approvvigionamento, anche in caso di 'minaccia' sistematica all'interruzione delle forniture; l'applicazione di tali meccanismi comporta il rispetto degli obblighi di consultazione preventiva con le istituzioni europee, la

cui inosservanza può essere sanzionata attraverso il ricorso alla procedura di infrazione.

In una tale interpretazione, la discrezionalità degli Stati membri può risultare fortemente limitata, non consentendo loro di ricorrere a forme di autotutela, come avviene oggi nel caso degli interventi unilaterali degli Stati membri con i Paesi fornitori di gas (*in primis*, Russia ed Algeria). La conclusione di accordi di fornitura di lunga durata rischia di generare un effetto distorsivo sulla concorrenza e di minacciare la sicurezza energetica a livello europeo, determinando una ingiustificata prevalenza dell'interesse nazionale alla sicurezza energetica rispetto all'interesse comune.

BIBLIOGRAFIA

- AALTO PALMI, *The EU-Russian Energy dialogue: Europe's future Energy security*, Aldershot, Ashgate, 2008.
- AICARDI N., *Energia in Trattato di diritto amministrativo europeo*, (sous la dir.) M. CHITI, Giuffrè, Milano, 2007.
- ALBONETTI A., *Euratom e sviluppo nucleare*, Comunità, Milano, 1958.
- ANGELOPOULOS A., *L'atomo unirà il mondo?*, Einaudi, Torino, 1957.
- ARMAND L., ETZEL F., GIORDANI F., *Relazione del Comitato dei Tre saggi: un obiettivo per l'Euratom*, 1957.
- BARONCINI E., *Il treaty-making power della Commissione europea*, Editoriale Scientifica, Naples, 2008.
- BASSAN F., *Concorrenza e regolazione nel diritto communautaire delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, Torino, 2002.
- BHAGWATI J., *Termites in the trading system : how preferential agreements undermine free trade*, Oxford University Press, New York, 2008.
- CAMERON P. D., *Legal aspects of EU energy regulation: implementing the new directives on electricity and gas across Europe*, Oxford University Press, 2006.
- CATALANO N., *La Comunità economica europea e l'Euratom*, Giuffrè, Milano, 1959.
- CHITI E., *I sistemi comuni europei di pubblici poteri indipendenti*, in *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, (sous la dir.) G. VESPERIN, S. BATTINI , Giuffrè, Milano, 2006.
- CICIGOI E., FABBRI P., *Il mercato delle emissioni ad effetto serra'*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- CHITI M. P., *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2004.
- CLÒ A., *Il rebus energetico*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- COFFEY C., *The EU Charter of Fundamental Rights: the place of the environment*, in K. FEUS (sous la dir.), *The EU Charter on Fundamental Rights:*

- text and commentaries*, Federal Trust, 2000.
- COLAVECCHIO A., *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario: alla ricerca di un giusto bilanciamento fra regole di concorrenza ed esigenze di servizio pubblico*, Cacucci, Bari, 2001.
- CORDINI, *Ambiente (tutela dell') nel diritto delle Comunità europee*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, UTET, Torino, 1987.
- CRAIG G., *EU Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- CREMONA M., (sous la dir.), *The enlargement of the European Union*, Oxford University press, Oxford, 2003.
- DAGTOGLOU: *How indissoluble is the Community?* in *Basic problems of the European Community*, Oxford University Press, Oxford, 1975.
- DAILLER P., *La disparition de la CECA le 24 juillet 2002. Des problèmes de succession d'organisations internationales?* in *Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron. Les dynamiques du droit européenne en début de siècle*, Pedone, 2004.
- DASHWOOD A., MARESCAU M., (sous la dir.) *Law and Practice of EU External Relations*, Cambridge University Press, 2007.
- DELBEKE J., *EU Environmental Law : The EU Greenhouse Gas Emissions Trading Scheme*, vol. IV, in JONES C. W., (sous la dir.) *EU energy law*, Claeys & Casteels, Leuven, 2006.
- DELLA CANANEA G., *I procedimenti amministrativi composti*, in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, (sous la dir.) F. BIGNAMI, S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 2004.
- DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2004.
- DE SADELEER N., *Environmental principles – From political slogans to political rules*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- DE WITTE B., *Public Service Broadcasting and European Law*, Hart Publishing, Oxford, 2002.

- DI FEDERICO G., *‘La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa’*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.
- DOLLAT P., *Droit européen et droit de l'Union européenne*, Sirey, Paris, 2007.
- DORÈ J., DE BAUW R., *‘The Energy Charter Treaty: origins, aims and prospects’*, RIIA, Londres, 1995.
- DUCCI R., *La Comunità economica europea e l'Euratom*, CEDAM, Padova, 1957.
- EECKHOUT P., *External Relations of the European Union: Legal and Constitutional Foundation*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- FERRARA E., *La tutela dell'ambiente*, in AJANI E BENACCHIO (sous la direction de), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, UTET, Torino, 2006.
- FERRARI E., (sous la dir.), *I servizi a rete in Europa*, Giuffrè, Milano, 2000.
- FOIS P., (sous la dir.) *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, in *Atti del Convegno SIDI 2006*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.
- FOIS P., *Il diritto ambientale nell'ordinamento dell'Unione europea*, in CORDINI, FOIS, MARCHISIO (sous la dir.), *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati*, Utet, Torino, 2005.
- GAJA G., *Introduzione al diritto comunitario*, Laterza, Roma-Bari, 2005.
- GEORGESCU-ROEGEN N., *Energia e miti economici*, Boringhieri, Torino, 1962.
- GOLDRING M., *L'economia dell'industria atomica*, ed. Banca Nazionale del Lavoro, Roma, 1957.
- GONNELLI P., GENTILE G., *‘Manuale di diritto dell'energia’*, Giuffrè, MILANO, 1996.
- GRILLO M., SILVA F., *Impresa, concorrenza ed organizzazione*, NIS, Firenze, 1989.
- GRASSI S., *La Carta dei diritti e la tutela dell'ambiente (art. 37)* in G. VETTORI, (sous la dir.), *Carta europea e diritti dei private*, CEDAM, Padova, 2002.
- GUARINO G., *‘Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia’*,

Giuffrè, Milano, 1962.

HAGHIGHI S., *Energy security, The external legal relations of the European Union with major oil and gas supplying countries*, Hart Publishing, 2007.

JACQUE J. P., *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Dalloz, Paris, 2009.

JANS J. H., VEDDER H. H., *European Environmental Law*, troisième ed., Europa Law Publishing, Groningen, 2000.

JONES C. W., (sous la dir.), *EU Energy Law: Volume I – Internal Energy Markets*, deuxième édition, Clayes & Castels ed., Leuven, 2007.

JONES C. W., (sous la dir.), *EU Energy Law: Volume II – EU Competition Law and Energy Markets*, deuxième édition, Clayes & Castels ed., Leuven, 2007.

JORDAN J., LENSCHOW A., *Innovation in Environmental policy? Integrating the environment for sustainability*, Edward Elgar Publishing, 2008.

KOEMAN N. (sous la dir.) *Environmental law in Europe*, Kluwer law, Aja, 1999.

KRÄMER L., *EC environmental law*, sixième ed., Sweet & Maxwell, London 2007.

KRÄMER L., *Casebook on EU environmental law*, deuxième ed., Hart Publishing, Oxford, 2002.

KREIJEN G., (sous la dir.) *State, sovereignty, and international governance*, Oxford University press, Oxford, 2002.

IZZO S., *Il principio di integrazione ambientale nel diritto comunitaire*, Editoriale scientifica, Napoli, 2006.

LEMAIRE C., *Energie et services d'intérêt économique générale* in J. V. LOUIS, S. RODRIGUES, *Les services d'intérêt économique générale et l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2006.

LEE M., *EU Environmental Law: Challenges, Change and Decision-making*, Hart Publishing, Oxford, 2005.

LENSCHOW A., (sous la dir.), *Environmental Policy Integration: greening sectoral policies in Europe*, Earthscan, Londra, 2002.

LUCARELLI A., *Articolo 37*, in R. BIFULCO (sous la dir.), *L'Europa dei diritti*.

- Commento alla carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2001.
- LUCATELLO G., (sous la dir.), *Ordinamento della Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, CEDAM, Padova, 1961.
- MAC CORMICK N., *La sovranità in discussione*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- MASTROIANNI R. (sous la dir.), *Il sistema radiotelevisivo e la legalità europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006.
- MASTROIANNI R., *Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2004.
- MENGOZZI P., *L'Agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, Giuffrè, Milano, 1964.
- MENGOZZI P., *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione Europea*, CEDAM, Padova, 2006.
- MENGOZZI P. (a cura di), *Casi e materiali di diritto comunitario e dell'Unione europea*, CEDAM, Padova, 2006.
- MONACO R., *Primi lineamenti di diritto pubblico europeo*, Giuffrè, Milano, 1963.
- MORBIDELLI G., DONATI F., CARETTI P. (sous la dir.) *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Giappichelli, Torino, 2003.
- NASCIMBENE B., *Ambiente (tutela dell')*, in *Nov. Dig. It.*, Utet, Torino, 1980.
- NEWBERRY D. M., *Privatization, Restructuring, and regulation of network utilities*, Mit, 2001.
- NICOLAIDES P., *Regulation of Liberalised Markets: A New Role for the State? (or How to Induce Competition Among Regulators*, in *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, (a cura di) D. GERADIN, R. MUÑOZ, E. PETIT, Edward Elgar, 2005.
- NIZI G., *Dalla teoria del monopolio naturale alla "essential facilities doctrine": nuove forme di regolazione nel settore dell'energia*, in L. AMMANNATI (sous la

- dir.) *Monopolio e regolazione pro-concorrenziale nella disciplina dell'energia*, Giuffrè, Milano, 2005.
- PANFORTI M. D., (sous la dir.), *I diritti fondamentali in Europa*, Giuffrè, Milano, 2002.
- POCAR F., (sous la dir.), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea* CEDAM, Padova, 2005.
- POZZO B., *L'articolo 37 e la tutela dell'ambiente come diritto fondamentale in*
POZZO B., (sous la dir.), *Le politiche energetiche comunitarie : un'analisi degli incentivi allo sviluppo delle fonti rinnovabili*, Giuffrè, Milano, 2009.
- PRIEUR R., *La Communauté européenne du charbon et de l'acier: activité et évolution*, Montchrestien, Paris, 1962.
- PRIEUR R., *Les relations interne et externes de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Montchrestien, Paris, 1958.
- QUADRI R., TRABUCCHI A., (sous la dir.), *Commentario al Trattato CECA*, Giuffrè, Milano, 1970.
- QUADRI S., *Lineamenti di diritto internazionale delle fonti di energia rinnovabile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.
- RADICATI DI BROZOLO L. G., *Il diritto comunitaire delle telecomunicazioni : un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico*, Giappichelli, Torino, 1999.
- RIDEAU J., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, LGDJ, Paris, 2002.
- ROGGENKAMP M., (sous la dir.), *EU Energy Law in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- ROGGENKAMP M., M. HAMMER, *European energy law: Report III, Volume III*, Antwerp ed., Oxford, 2008.
- ROSSI L. S., *'Il buon funzionamento del mercato comune: delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri'*, Giuffrè, Milano, 1990.

- ROSSI L. S., *Le Convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2000.
- ROSSI L. S. (a cura di), *Commercio internazionale sostenibile?: WTO e Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- ROSSI L. S. (a cura di), *Il progetto di trattato-costituzionale: verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2004.
- ROSSI L. S. (a cura di), *Le organizzazioni internazionali come strumenti di governo multilaterale*, Giuffrè, Milano, 2006.
- SCHMITT, *The Path to European Union from the Marshall Plan to the Common Market*, Louisiana University Press, 1962.
- SCOTT J. (sous la dir.), *Environmental protection: European law and governance*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- SELIVANOVA Y., *Energy Dual Pricing in WTO law: analysis and prospects in the context of Russia's accession to the World Trade Organization*, Cameron May, Londres, 2008.
- SELIVERSTOV S., *Energy Security of Russia and the EU: current legal problems*, IFRI, 2009,
- TANZI A., *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, CEDAM, Padova, 2006.
- TIZZANO A., (sous la dir.) *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Giuffrè, Milano, 2006.
- VENTURINI G., *Servizi di telecomunicazione e concorrenza nel diritto internazionale e communautaire*, Giappichelli, Torino, 1999.
- WÄLDE T., (sous la dir.), *Energy Charter Treaty: an East-West gateway for investment and trade*, Kluwer Law International, 1996.
- WEILER J.H., BEGG I. et PETERSON J., (sous la dir.), *Integration in an expanding European Union : reassessing the fundamentals*, Blackwell, 2003.
- WELBORNE V., *Biofuels in the energy supply sistem*, Novinka books, New York, 2006.

WERRING L., (sous la dir.), *EU Environmental Law: Energy Efficiency and Renewable Energy Sources*, vol. III, in JONES C. W., (sous la dir.) *EU energy law*, Claeys & Casteels, Leuven, 2006.

Articoli

ANTONUCCI M., *I servizi di interesse economico generale e gli aiuti di stato*, in *Consiglio di Stato*, 2003, pp. 1356-1364.

ARGENTATI A., *L'organizzazione comunitaria delle autorità garanti della concorrenza* in *Giorn. Dir. Amm.* 2003, p 1199 e ss.

BASTIANELLI F., *La politica energetica dell'Unione europea e la situazione dell'Italia* in *La Comunità internazionale* 3/2006, pp. 443-468.

BELORGEY J. M., GERVASONI S., LAMBERT C., *Environnement et libre circulation des marchandises*, *L'actualité juridique ; droit administratif*, 2001, pp. 944-946.

BELOTTI G., BELLO F., *Il nuovo sistema comunitario per il commercio di quote di Co2 (ù ben s'impingua se non si vaneggia)*, in *DCSI*, 3/2006, pp. 595-607.

BELVY A. V., *New dimensions of the energy security of the enlarging EU and their impact on relations with Russia* in *European Integration*, 4/2003, pp. 351-369.

BENSEBAA FAOUZI, *Russie: l'arme énergétique?*, in *Revue Futuribles*, n. 337, 2008, p. 108 e ss.

BLUMANN C., *Energie et Communautés européennes, Première Partie*, in *RTDE*, 1984.

BONFANTE, *Natura del contratto di somministrazione dell'energia elettrica*, in *Foro it.*, 1901, p. 900 e ss.

- BONINI M., *L'apertura del mercato nazionale dell'energia elettrica: una nuova tappa nella costruzione di un governo dell'economia comunitario*, in *RIDPC* 2002, p. 929 e ss.
- BOUTE A., *Combating Climate Change and Securing Electricity Supply : The Role of Investment Protection Law*, in *EELR*, 2007, pp. 227-248.
- BOUTE A., *Wederkerigheid in Europese and Russische energie-investeringen: Een juridische analyse van de 'Gazprom-clausule*, NTE, 2007, p. 247 e ss.
- CACCIA DOMINIONI F., *Recenti sviluppi dell'azione normativa della UE in materia energetica*, in *Rass. giur. ener. el.*, 2000, pp. 369-376.
- CAIAZZO R., *Obblighi di servizio pubblico nei settori dell'elettricità e del gas in Italia*, in *Rass. giur. ener. el.*, 2004, pp. 1-20.
- CANNIZZARO E., *Il diritto internazionale nell'ordinamento giuridico comunitario: il contributo della sentenza Intertanko*, in *Dir. Un. Eur.* 4/2008, pp. 645-653.
- CANNIZZARO E., *Le relazioni esterne della Comunità: verso un nuovo paradigma unitario ?*, in *Dir. Un. Eur.* 2/2007, pp. 223-238.
- CAPELLI F., *Energia rinnovabili: normativa e compatibilità ambientale* in *DCSI*, 4/2008, pp. 857-871. *Towards a Real European Energy Policy* (sous la dir.) F. DEHOUSSE, in *Studia Diplomatica*, Vol. LX, 2/2007, p. 40-42.
- CARNELUTTI F., *Studi sulle energie*, 1913, p. 375 e ss.
- CASOLARI F., *La Corte di Giustizia e gli obblighi convenzionali assunti dall'insieme degli Stati membri verso gli Stati terzi: obblighi comuni o ... obblighi comunitari?* in *Dir. Un. Eur.* 2/2009, pp. 267-314.
- CASOLARI F., *La sentence MOX: la Corte di Giustizia delle Comunità europee torna ad occuparsi dei rapporti tra ordinamento comunitario ed internazionale* in *Dir. Un. Eur.* 2/2007, pp. 327-367.
- CASSESE S., *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002.

- CASSESE S., *La disciplina del mercato dell'elettricità*, in *Rass. giur. ener. el.*, Giuffrè, 1997, p. 753 e ss.
- CASSESE S., *Chi ha paura delle autorità indipendenti?*, *MCR*, 1999, pp. 471-475.
- CASSESE S., *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/01* in *Rass. giur. ener. el.*, 2002.
- CAVALIERE P., VEDASCHI A., *Il mercato europeo del gas naturale: un obiettivo ancora da raggiungere* in *RIDPC*, pp. 885-911
- CHARBIT N., *Aides d'Etat: taxe et libéralisation de l'électricité, L'actualité juridique in droit administratif*, 2005, pp. 1217-1218.
- CHAUVE P., *Repsol: Opening up the fuel distribution system in Spain* in *Competition Policy Newsletter* 2/2006, pp. 25-29.
- CHITTE., *La disciplina procedurale della regolazione* in *RTDP*, 2004, p. 679 e s.
- CLARICH M., *Tutela ambientale attraverso il mercato*, in *Diritto pubblico*, 1/2007, p. 219 e ss.
- CLÒ A., VERDE S., *20-20-2020: il teorema della politica energetica europea*, in *Energia*, 2007, pp. 2-13.
- COLAVECCHIO A., *Aiuti di Stato, ostacoli al commercio tra Stati membri ed esigenze di tutela dell'ambiente nella giurisprudenza comunitaria. A propos de l'arrêt de la Cour de Justice dans l'affaire "Preussenelektra"*, in *Il Consiglio di Stato*, 2003, pp. 631-664 e pp. 869-889.
- COOP GRAHAM e GAITIS J. M., *Energy dispute settlement*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2007, pp. 199-349.
- COLLIER U., *EU Energy policy in a changing Climate* in A. LENSCHOW (sous la dir.) *Environmental Policy Integration: greening sectoral policies in Europe*, Earthscan, Londra, 2002, pp. 175-192.
- CULTRERA C., *Les décisions GDF. La Commission est formelle: les clauses de restriction territoriale dans les contrats de gaz violent l'article 81*, in *Competition Policy Newsletter* 1/2005, pp. 45-48.

- DE FALCO V., *La componente sostanziale del principio di non discriminazione e gli aiuti di Stato nel settore dell'energia elettrica*, in *DPCE*, 2005 pp. 1452-1456.
- DE LINDROOS M., *Liberalisation of European Gas Markets - Commission settles GFU case with Norwegian gas producers* in *Competition policy Newsletter* 2002 (3) pp. 50-52.
- D'ERMO, *Le conseguenze dell'allargamento dell'Unione europea sul mercato interno dell'energia*, 2004.
- DOORNBOSCH R., STEENBLIK R., *Biofuels: is the cure worse than the disease?*, Paris, OCSE, 2007.
- ECCHER L., *Il libro verde della Commissione europea sull'adattamento ai cambiamenti climatici*, (2007) 5 *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2007, p. 933 e ss.
- ESPOSITO R., *Il servizio pubblico radiotelevisivo tra due ordinamenti*, in *DRT*, n. 2/1999, p. 13 FRANTINI A., FAROSS P., *L'azione della Commissione per l'energia e l'ambiente* in *Atti del Convengo su Energia, ambiente, integrazione europea, Roma 19 Marzo 1993*, in *Rass. giur. ener. el.*, 1994, p. 353 e ss.
- FERRUCCI N., *Produzione di energia da fonti biologiche rinnovabili (il quadro normativo)* in *Riv. Dir. Agrario*, 2/2007, pp. 246-258.
- FILPO F., *Verso una nuova disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato per la compensazione di oneri di servizio pubblico*, in *Rass. giur. ener. el.* 2005, p. 21 e ss.
- FRIGO M., *Politica comunitaria dei trasporti, sicurezza e attuazione dello «spazio ferroviario europeo*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/07, pp. 203-220.
- GAJA G., *Sull'interpretazione di accordi misti da parte della Corte di Giustizia* in *Riv. dir. int.* 1988, p. 605 e ss.
- GENTILE G., *Lezioni di diritto dell'energia. Le nuove tematiche*, Milano, 1989, p. 3 e ss.

GENTILE G , 'Per un diritto dell'energia', in *Rass. Giur. Energ. El.*, 1986, p. 829 e ss.

GESTRI M., *La protezione degli investimenti comunitari nella Federazione Russa*, in *La Comunità internazionale*, 2000, pp. 189-207.

GIUCA S., *Cambiamento climatico, sicurezza energetica e politica agricola*; in *Bioenergia Rurale*, Ministero delle politiche agricole e forestali, Roma, 2007. GOLFINOPOULOS C., *Legality of National Measures to Promote the Procurement of Energy from Renewable Sources*, in *Public Procurement Law Review*, 2002, pp. 8-11.

KISS A. C., *The European Charter of fundamental rights and freedoms, environment and consumer protection*, in S. PEERS S., WARD A. (sous la dir.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

KLATTE E. R., *The principle of Integration after 25 years of Community Environmental Policy*, in *LEA*, 1999, p. 370 e ss.

KOENIG C., KÜHLING J., *EC Control of aid granted through State resources*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2002, pp. 7-18.

KOMDUUR R., *Anti-Gazprom policy may force up gas prices*, in *European Energy Review*, 2007, p. 46 e ss.

KOSTOPOULOS K., *Les obligations de service public dans les lignes aériennes et les aéroports en droit communautaire de la concurrence*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

KRÄMER L., *Droit communautaire et état de l'environnement en Europe*, in *Droit Un. eur.*, 1/2007, p. 127 e ss.

KREINER S., *Il peccato originale lussemburghese: è ammissibile a livello comunitario l'obbligo statale di sovvenzionare i concorrenti*, in *The European Legal Forum* 2001, pp. 312-319.

KRIEGLSTEIN F. B., *Renewable energy schemes and EC State Aids Provisions*, in *EEELR*, 2001, pp. 51-56.

- KUHN T., *Implications of the "Preussen Elektra" Judgment of the European Court of Justice on the Community Rules on State Aid and the Free Movement of Goods*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2001, pp. 361-376.
- HECTORS K., *The Chartering of environmental protection : exploring the boundaries of environmental protection as human right*, in *EEELR*, 2008, p. 165 e ss.
- JACOMETTI V., *La Directive Linking: il collegamento fra il sistema comunitario di scambio di quote di emissioni e i meccanismi flessibili del protocollo di Kyoto*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, p. 43 e ss.
- JACOMETTI V., *La Direttiva Emissions Trading e la sua attuazione in Italia: alcune osservazioni critiche al termine della prima fase* in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2/2008, pp. 273-289.
- IDOTL., *Accès au réseau de transport d'électricité*, in *Europe*, 2005, p. 23 e ss.
- ILIOPOULOU A., *La méthode ouverte de coordination: un nouveau mode de gouvernance dans l'Union Européenne*, in *Cah. dr. eur.*, n. 3-4, 2006.
- IOVANE M., *Soggetti privati, società civile e tutela internazionale dell'ambiente* in *Il diritto internazionale dell'ambiente dopo il vertice di Johannesburg*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, pp. 133-182.
- LAGODENT, *Du dogme du marché intérieur à la négociation sur le service public- à propos de la directive électricité*, in *Europe* n. 5/1997, p. 4 e ss.
- LAVRANOS N., *The MOX Plant Judgment of the ECJ: How Exclusive is the Jurisdiction of the ECJ?* in *EEELR* 15 (2006), pp. 291–296.
- LAZZARA P., *Partecipazione e contraddittorio nelle procedure istruttorie davanti all'Autorità per l'Energia*, p. 361 e ss.
- LEAL-ARCAS, *The EU and Russia as Energy Trading Partners: Friends or Foes?* in *European Foreign Affairs Review*, 14/2009, p. 346 e ss.
- LENSCHOW A., (sous la dir.), *Environmental Policy Integration: greening sectoral policies in Europe*, Earthscan, Londra, 2002.

- LEONARDI C., *Le emissioni di gas a effetto serra nelle politiche delle Nazioni Unite e della CE*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, p. 7 e ss.
- LIEBERHERR J. G., *Pour une agence européenne de l'énergie. Traité constitutionnelle, union monétaire et union économique* in *ELR*, n. 2/05.
- LOLLI, *Riserva d'impresa e diritto comunitario. I monopoli elettrici*, in *RTDP.*, 1992, p. 209 e ss.
- MAGLIANO R., *Servizi di interesse economico generale, aiuti di stato e compensazione di oneri di servizio pubblico: giurisprudenza Altmark e iniziative normative della commissione CE*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2004, pp. 790-805.
- MAILLET P., *A la recherche de l'introuvable politique énergétique européenne*, in *RMC*, 1988, pp. 504 e ss.
- MARCANTONIO K., *Principio di legalità e concorrenza nel settore energetico: verso la convergenza regolatoria?*, in TESAURO G., D'ALBERTI M., (sours la dir.), *Regolazione e concorrenza*, il Mulino, Bologna, 2000.
- MARCHISIO, *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale*, in MARCHISIO, RASPADORI, MANEGGIA, *Rio cinque anni dopo*, Milano, 1998.
- MASI A., *L'energia elettrica come cosa nella dottrina italiana degli inizi del secolo* in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1994, p. 3 e ss.
- MAIER M., WERNER P., *European State Aid*, in *Law Quarterly*, 2005, pp. 657-660.
- MUNARI F., *Tutela internazionale dell'ambiente* in CARBONE, LUZZATO, SANTA MARIA (sours la dir.), in *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2003, p. 406 e ss.
- MUNARI F., *Il nuovo diritto dell'energia: il contesto comunitario e il ruolo degli organi europei* in *Dir. Un. Eur.* n. 4/06, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 881-899.
- NANNI L., *Le direttive UE in tema di transito di energia elettrica e di gas naturale nelle grandi reti di trasporto*, in *Rass. giur. ener. el.*, 1995, p. 939 e ss.

- NAPOLITANO G., 'La strategia dei controlli nella *governance* comunitaria delle comunicazioni elettroniche', in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2008, 06, p. 1469 e ss.
- NYSSSENS H., CULTRERA C. ET SCHNICHELS D., *The territorial restrictions case in the gas sector: a state of play*, in *Competition Policy Newsletter*, 1/2004, p. 48 e ss.
- MAIER M., WERNER P., *European State Aid*, in *Law Quarterly*, 2005, pp. 657-660.
- ORTIS A., *Verso un Mercato unico dell'energia*, in *Rass. giur. ener. el.*, pp. 433-439. in *Regulating of electricity markets at the EU level* in *EEELR n. 02/2008*
- PACE A., *Verso la fine del servizio pubblico radiotelevisivo?*, in *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, ESI, Napoli, 2004.
- PEPE V., *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Riv. giur. amb.*, 2002, p. 219 e ss.
- PETIT Y., *A la recherche de la politique européenne de l'énergie* in *RTDE* 4/06, pp. 594-620.
- PETERSEN J. E., *Energy production with agricultural biomass: environmental implications and analytical challenges*, in *European review of agricultural economics*, Oxford journal press, Vol. 35, 2008.
- PFRANG, *Towards Liberalisation of the European Electricity Markets: the Directives concerning common rules for an internal market in electricity in the frame of the competition and internal market rules of the EC- Treaty*, Francoforte 1999, p. 23 e ss.
- POGORESTSKYY V., *The system of energy dual pricing in Russia and Ukraine: the consistency of the Energy dual pricing system with WTO Agreement on Anti-dumping* in *Global Trade and Custom Journal*, 4/2009, pp. 312-323.
- POLI S., *National Schemes Supporting the Use of Electricity Produced from Renewable Energy Sources and the Community Legal Framework*, in *Journal of Environmental Law*, 2002, Vol. 14, pp. 221-231.

POZZO B., (sous la dir.), *La nuova Direttiva sullo scambio di quote di emissioni. La prima attuazione europea dei meccanismi flessibili del protocollo di Kyoto*, Giuffrè, Milano, 2003.

PREDIERI A., *Le reti transeuropee nei Trattati di Maastricht e di Amsterdam* in *Dir. Un. Eur.* 3/1997, pp. 287 e ss.

RANGONE N., *I tentativi di "erosione" dei monopoli di importazione ed esportazione dell'elettricità*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 4/1998, pp. 320-321.

RANGONE N., *I tentativi di "erosione" dei monopoli di importazione e di esportazione di energia elettrica e nozione di interesse economico generale in una recente sentenza della Corte di Giustizia*, in *Rass. giur. ener. el.*, Giuffrè, 1997, p. 846 e ss.

RANGONE N., *Un nuovo modo di regolare in Energia e Comunicazione*, Giuffrè, Milano, 2006.

RIZZA C., *The Financial Assistance Granted by Member States to Undertakings Entrusted With the Operation of a Service of General Economic Interest: The Implications of the Forthcoming Altmark Judgment for Future State Aid Control Policy*, in *The Columbia Journal of European Law*, 2003, pp. 429-446.

ROBERTI G. M., TIZZANO A., *Tariffe e prezzi amministrati: profili di diritto comunitario*, in *Foro It.* IV, 1995, c. 310 e ss.

ROSSI L. S., 'Conclusioni di accordi internazionali e coerenza del sistema: l'esclusività della competenza comunitaria' in *Riv. dir. int.* 4/2007, p. 1008 e ss.

ROSSI L. S., 'L'art 100 A ed il funzionamento del mercato interno', in *Foro it.*, 1996, c. 284 e ss.

ROSSI DAL POZZO F., *Servizi di trasporto aereo e diritti dei singoli nella disciplina comunitaria*, Giuffrè, Milano, 2008.

FRIGO M., *Politica comunitaria dei trasporti, sicurezza e attuazione dello «spazio ferroviario europeo*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/07, pp. 203-220.

- RUBINI L., *Brevi note a margine del caso PreussenElektra, ovvero come "prendere seriamente" le norme sugli aiuti di stato e la tutela dell'ambiente nel diritto comunitario*, in *DCSI*, 2001, pp. 473-501.
- SAGGIO, *Le basi giuridiche della politica ambientale nell'ordinamento communautaire dopo l'entrata in vigore dell'Atto Unico europeo*, in *Riv. dir. europeo*, 1990, p. 39 e ss.
- SAN MAURO C., *Il dibattito sul riordino delle autorità amministrative indipendenti in Italia*, in *Rass. giur. ener. el.*, pp. 369-399.
- SARDONE R., *Politica energetica e politica agricola dell'UE: la salvaguardia dell'ambiente naturale come elemento di coesione*, in A. ZEZZA, *Bioenergie: quali opportunità per l'agricoltura italiana*, Studi e Ricerche, INEA, ESI, Napoli, 2008.
- SCHNICHELS D., VALLI F., *Vertical and horizontal restraints in the European gas sector – lessons learnt from the DONG/DUC case in Competition Policy Newsletter 2/2003*, pp. 60-63.
- SCHUMACHER T., *The environmental integration clause in article 6 of the EU Treaty: prioritizing environmental protection* in *EELR.*, 2001, p. 29 e ss.
- SCHÜTZE R., *Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of Community pre-emption* (2006) 43 *CMLR*, pp. 1023–1048.
- SINNAEVE A., *State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2003, p. 351 e ss.
- SORACE D., *Il servizio di interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici* in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 1009 e ss.
- SOTTILI V., *Il mercato dell'energia elettrica nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Dir. Un. Eur.*, 1998.
- SELIVANOVA J., *WTO rules and Energy pricing: Russia's case*, in *Journal of World Trade* 559 (2004), p. 560 e ss.
- STAGNARO C., *Biocarburanti: energia pulita o inefficienza agricola?* in *Energia*,

2007, pp. 52-55.

TALUS K., *Long-term gas agreements and security of supply: between law and politics* in *ELR*, 32/2007, pp. 535-548.

TALUS K., *The third legislative package and ownership unbundling in the light of European Fundamental Rights discourse*, *CRNI*, 3/2008, p. 25 e ss.

TESAURO G., *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria* in *Dir. Un. Eur* n. 2/06, Giuffrè, Milano, 2006.

TI SHTILLKIND, *Energy Charter treaty: a critical Russian Perspective*, in *Oil gas & Energy Law Intelligence*, 3/2005, issue n. 1.

TURINOV A., *'Investment' and 'Investor' in Energy Charter Treaty Arbitration: Uncertain Jurisdiction* in *Journal of International Arbitration*, 26 (2009), pp. 1–23.

VAN HOOR, *Unbundling, Reciprocity and the European Internal Energy Market: WTO consistency and broader implications for Europe*, in *EEELR*, 2009, pp. 51-76.

VILLAREJO, *Il mercato interno dell'energia e il diritto comunitario*, in *Regolamentazione e mercato unico dell'energia*, Franco Angeli, 1993.

ZENCOVICH ZENO, *Il "servizio pubblico televisivo" nel nuovo quadro normativo communautaire*, in *Dir. Informaz. Informat.*, 2003, p. 3 e ss.

ZEZZA A., *I biocarburanti sono un'alternativa energetica sostenibile?* in *Agriregionieuropa*, 9, anno 3, 2007.

WÄLDE T. W., *The First Energy Charter Treaty Arbitral Award* in *Journal of International Arbitration*, 22 (2005), pp. 83-104.

WALID BEN HAMIDA, *Two Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control – Ad Hoc Committee's Decision in Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo*, in *Journal of International Arbitration* 24 (2007), pp. 287-306.

WASMEIER M., *The integration of Environmental Protection as a general rule for interpreting community law*, in *CMLR*, 2001, p. 159 e ss.