



Centro di
Documentazione europea - UniCT



Università di Catania

I quaderni europei

Serie Energia



L'AZIONE DELL'UNIONE NEL SETTORE DELL'ENERGIA

n. 1
Gennaio 2012

Marilù Marletta e Nicoletta Parisi

Presentazione

Marilù Marletta

Il Trattato di Lisbona e gli sviluppi nel settore dell'energia

Marco Lombardo

I servizi di interesse economico generale nel settore dell'energia tra obblighi di servizio pubblico e regole di concorrenza

Centro di documentazione europea - Università di Catania - *Online Working Paper* 2012/n. 1
Gennaio 2012

URL: http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/energia/1_2012.pdf

© 2012 Marco Lombardo, Marilù Marletta, Nicoletta Parisi

Centro di documentazione europea - Università di Catania - *Online Working Paper*/ISSN 1973-7696

Marco Lombardo, Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bologna

Marilù Marletta, Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Facoltà di Scienze politiche, Università degli Studi di Catania

Nicoletta Parisi, Professore ordinario di Diritto internazionale, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania, Responsabile scientifico del Centro di documentazione europea dell'Università di Catania

La collana *online* "I quaderni europei" raccoglie per sezioni (scienze giuridiche, scienza della politica e relazioni internazionali, economia, scienze linguistico-letterarie, energia, serie speciali per singoli eventi) i contributi scientifici di iniziative sulle tematiche dell'integrazione europea dalle più diverse prospettive, avviate da studiosi dell'Ateneo catanese o da studiosi di altre Università italiane e straniere ospiti nello stesso Ateneo.

I *papers* sono reperibili unicamente in formato elettronico e possono essere scaricati in formato pdf su:
<http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei>

Edito dal Centro di documentazione europea dell'Università di Catania

Via Umberto, 285 B - 95129 – CATANIA

tel. ++39.095.8737802 - 3- 4

fax ++39.095.8737856

www.lex.unict.it/cde

L'azione dell'Unione nel settore dell'energia

Marilù Marletta, Marco Lombardo

Abstract

I. Il capitolo si propone di analizzare l'evoluzione della disciplina energetica nel diritto dell'UE, a due anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. A ben vedere, anche prima del Trattato di Lisbona, la competenza energetica era stata esercitata dalle istituzioni europee, in via di fatto, attraverso il ricorso all'art. 95 del TCE (oggi, art. 114 TFUE), per la creazione di un mercato interno dell'elettricità e del gas. Il riconoscimento espresso della competenza energetica a livello europeo, ai sensi dell'art. 194 del TFUE, impone all'interprete di operare un corretto inquadramento teorico, anche al fine di cogliere le possibili conseguenze giuridiche che si possono determinare rispetto all'evoluzione della normativa di settore. In primo luogo, l'introduzione della nuova base giuridica può contribuire a rafforzare la legittimazione dell'azione europea nello specifico settore energetico e può rivelarsi utile per chiarire la ripartizione delle competenze tra le istituzioni europee ed i governi nazionali. In secondo luogo, il riconoscimento dei diversi obiettivi della politica energetica può consentirne un più corretto bilanciamento allo scopo di integrarla maggiormente con altre politiche europee, in primis con quella ambientale, e rafforzare la coerenza tra la dimensione interna e quella esterna della competenza energetica.

Infine, l'analisi della prassi normativa e giurisprudenziale a due anni dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona, pur registrando una linea di sostanziale continuità rispetto al passato, segnala l'esigenza di osservare nuovi equilibri istituzionali tra la Commissione e la Corte nel tentativo di attribuire un contenuto precettivo al principio di solidarietà energetica, anche attraverso una più chiara delimitazione, almeno sul piano teorico, delle competenze nazionali rispetto all'azione dell'UE nel settore energetico.

I. This Chapter will offer a brief overview of the main recent developments in the EU energy law. From a pre-Lisbon perspective, the Author recalls that, even before the entry into force of the Lisbon Treaty, the energy competence has been de facto exercised through Art. 95 TEC (now, Art. 114 TFEU) in order to create an internal market in the electricity and gas sectors. However, the recognition of an energy competence at the EU level, under the new Art. 194 TFEU, can pave the way for many legal consequences. First, it can reinforce the legitimacy of the EU action in the energy fields and clarify the repartition of competences between the EU institutions and national governments. Second, it can turn the energy competence from a sectorial policy into a more integrated one with other EU policies, particularly concerning the environmental policy, improving the coherence and the interplay between the internal and the external dimension of the energy competence. From a post-Lisbon perspective, the analysis of the energy legislation and the relevant case-law of the ECJ, in a general trend of continuity with the past, shows a challenge in the institutional balance between the Commission and the Court for the recognition of a binding content to the principle of energy solidarity, thus reshaping new boundaries between national competences and the EU action in the energy sectors.

II. Il presente contributo si propone di analizzare il rapporto tra le regole di concorrenza e l'intervento dei pubblici poteri nei mercati interni dell'elettricità e del gas. Più in particolare, l'Autore prova ad inquadrare, sul piano teorico, i limiti dell'intervento pubblico, nella forma dei 'servizi economici di interesse generale' e degli 'obblighi di servizio pubblico' imposte dalle autorità nazionali sulle imprese incaricate di operare nei settori energetici. A fronte dei fallimenti di mercato, le disposizioni normative contenute nelle diverse fasi del processo di liberalizzazione dei mercati dell'elettricità e del gas circoscrivono il potere di intervento delle autorità nazionali al fine di salvaguardare motivi imperativi di interesse generale come la tutela ambientale, la protezione dei consumatori, la sicurezza degli

approvvigionamenti energetici. Tuttavia, l'evoluzione della disciplina tecnica di settore rischia di creare conflitti interpretativi ed antinomie rispetto all'art. 106, par. 2, del TFUE, richiedendo un processo continuo di dialogo e contaminazione tra la legislazione di settore e la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE. L'indagine sull'evoluzione della disciplina normativa rispetto agli obblighi di servizio pubblico nei settori dell'energia ha due obiettivi: da un lato, osservare il trade-off tra democrazia e liberalismo verso il manifestarsi in concreto dell'economia sociale di mercato e, dall'altro, interrogarsi su quale possa essere il contributo che la disciplina energetica può offrire all'elaborazione di un modello di servizio pubblico a livello europeo.

II. This contribution aims at exploring the boundaries between the competition rules and the State intervention in the internal energy markets. The Author attempts to analyze the limitations on public intervention, in the form of 'services of general economic interest' and 'public service obligations', imposed by the authorities on undertakings in liberalized energy sectors. In presence of market failures, the normative dispositions contained in the EU directives on electricity and gas reserve to the national authorities a power of intervention in order to safeguard mandatory requirements such as environmental protection, consumer care and security of supply. However, the evolution of the technical dispositions generates potential conflicts with the interpretation of Art. 106 (2) TFEU, requiring a continuous process of dialogue and contamination between the EU legislation and the jurisprudence of the EU Court of Justice.

In the light of the liberalization process, the analysis of the normative discipline on public service obligations in energy markets has two main purposes: from one hand, to observe the trade-off between democracy and liberalism and, from the other, to explore the possible contribution of EU energy law for the elaboration of an unique model of public service at the EU level.

Keywords

I. Art. 194 TFUE – Base giuridica – Mercato interno dell'elettricità e del gas – Liberalizzazioni energetiche – Sicurezza dell'approvvigionamento – Principio di integrazione tra energia ed ambiente – Principio di solidarietà energetica.

I. Interpretation of Art. 194 TFEU – Legal basis in the energy sectors – Functioning of the internal energy market – Liberalization process – Security of energy supply – Principle of integration between energy and environment – Principle of energy solidarity.

II. Diritto europeo dell'energia – Mercato interno dell'elettricità e del gas – Servizio di interesse economico generale – Obblighi di servizio pubblico – Protezione del consumatore – Tutela dell'ambiente – Sicurezza dell'approvvigionamento energetico – Interpretazione dell'art. 106, par. 2, TFUE – Processo di liberalizzazione dei mercati energetici – Art. 3, par. 2, della Direttiva 2003/55/CE e della Direttiva 2003/54/CE – Terzo pacchetto energetico.

II. EU energy law – Internal Market in electricity and gas – Service of general economic interest – Public service obligations – Consumer protection – Environmental protection – Security of energy supply – Interpretation of Art. 106 (2) TFEU – Liberalization process in energy markets – Art. 3 (2) of Directive 2003/55/EC and Directive 2003/54/EC – Third energy package.

PRESENTAZIONE

di Marilù Marletta e Nicoletta Parisi

In una fase così complessa del cammino dell'integrazione europea e in un contesto internazionale altrettanto fluido e delicato, come l'attuale, i temi dell'energia sembrano essere caduti in un silenzio quasi imbarazzante che ne appanna se non ne nasconde la rilevanza anche nel presente contesto economico e finanziario.

Eppure, sino a qualche mese fa, i temi dell'energia erano discussi con grande apprensione in coincidenza di sconvolgenti eventi come lo tsunami del 14 aprile che, come si ricorderà, aveva pericolosamente danneggiato le centrali nucleari di Fukushima; l'improvvisa crisi libica, i cui risvolti sull'approvvigionamento energetico erano apparsi ben presto evidenti; o di appuntamenti elettorali, come il *referendum* del 14 giugno 2011 sul ritorno dell'Italia al nucleare.

Oggi, a qualche giorno dal secondo anniversario dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1° dicembre 2009) la previsione all'interno de "I quaderni europei" di una sezione interamente dedicata alle tematiche energetiche (un *Quaderno/Energia*) nasce proprio dalla consapevolezza dell'opportunità di parlare di questi temi non soltanto quando qualcosa "accade", ma, ancor più, dallo scopo di avviare su di essi una riflessione continua, costante, ponderata e, vorremmo, anche approfondita perché lontana dalla pressione dei *media*.

In armonia con gli obiettivi de "I Quaderni europei", l'approfondimento dei temi dell'energia vuol iscriversi nel quadro delle tematiche dell'integrazione europea e dunque dell'Unione europea e ciò non solo perché quest'Organizzazione anche nel campo energetico può svolgere un importante ruolo sul piano sia dei rapporti intra-europei - e la graduale formazione di un mercato interno dell'elettricità e del gas lo testimonia -, sia di quelli extra-UE proprio per il peso che essa ormai ricopre nella più vasta Comunità internazionale.

Questa ampia cornice nella quale si vuol parlare di energia resta caratterizzata dalle forti interdipendenze che le principali politiche settoriali dell'Unione europea stanno acquistando. E dunque non si potrà riflettere sui problemi energetici senza prendere in considerazione gli "apparentamenti" di questi ultimi con i temi dell'ambiente, della coesione economica e sociale, dello sviluppo delle grandi reti, della concorrenza, della salute, del consumatore. E soprattutto non si potrà parlare di energia restando negli ambiti geografici dell'Unione. Non solo perché poche tematiche come quelle energetiche recano un carattere di così marcata "globalizzazione", ma ancor più in considerazione del costante impegno dell'Unione stessa, nel rispetto dei limiti delle proprie competenze, a ricercare le opportune soluzioni alle problematiche giuridiche dell'energia nel quadro della cooperazione internazionale. La fitta rete di accordi bi-multilaterali dell'Unione in questo campo ne sono un incontrovertibile segnale. Basti qui citare l'impegno della CE/UE nell'istituzione di importanti quadri istituzionali di cooperazione energetica quali l'Energy Charter Treaty o l'Energy Community.

C'è ancora un'altra ragione che ci spinge a dar vita a questa iniziativa *on line* dedicata interamente all'energia: il Trattato di Lisbona, nell'aprire una tappa nuova al cammino dell'integrazione europea, offre una forte spinta allo sviluppo di una "politica energetica per l'Europa" grazie all'attribuzione all'Unione di una specifica competenza in materia di energia (art. 194 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea/TFUE). L'importanza di questo aggiuntivo traguardo, seppur in presenza dei difficili ostacoli che la crisi finanziaria di questi mesi sta frapponendo, è attestata dalla volontà dei redattori del Trattato di Lisbona non solo di "ratificare" all'interno del TFUE quel poderoso *acquis* energetico faticosamente costruito dalle istituzioni dell'UE e, prima ancora della CE, parallelamente allo svolgimento del più generale processo di integrazione europea, ma di istituire anche un livello di *governance* europea delle problematiche energetiche proprio perché queste ultime, adesso più di prima, sfuggono ad artificiosi steccati nazionali.

L'obiettivo di queste "pagine energetiche" organizzate secondo lo schema analitico qui accluso è dunque di strappare le questioni legate all'energia a una visione puramente interna e, di fatto, più circoscritta. Chi si è occupato in questi ultimissimi anni delle tematiche che qui stiamo per lanciare non ha potuto non stupirsi dello scarso interesse che la maggior parte della dottrina italiana sia interna che internazionalista ha riservato alle tematiche delle fonti energetiche. E non è difficile intuirne le ragioni: forse l'accrescersi delle tematiche dell'integrazione europea che diventano sempre più vaste e intrecciate in conseguenza dell'ampliamento dei campi d'azione della CE/UE; forse il carattere eccessivamente "tecnico" dei temi dell'energia che spesso richiede un faticoso recupero di conoscenze di base relative alle filiere delle fonti energetiche; altre volte il carattere fortemente "ideologico" da cui quelle tematiche possono restare condizionate, come ad esempio succede per il nucleare: sono tutti fattori che hanno contribuito a far perdere di vista la molteplicità di approcci giuridici cui esse si prestano.

Il risultato di tutto ciò è che sinora ci si è poco occupati di energia e lo si è fatto con un approccio prettamente di "diritto nazionale", con l'inevitabile conseguenza di fornire una visione spesso solo interna e dunque poco "europea" mentre fuori dai confini nazionali il dibattito su un costituito e costituendo "European energy law", "droit européen de l'énergie" è davvero vivace.

La circostanza che la rassegna sull'energia sia proposta da studiosi del diritto europeo non vuol costituire involontariamente un limite al campo di analisi sul quale svolgere le riflessioni sull'energia. Al contrario, riteniamo che un approccio il più ampio possibile, da quello giuridico a quello economico, senza ignorare quello politologico e filosofico sia la corretta premessa a quella riflessione approfondita e ponderata che qui si auspica. E dunque queste righe vanno lette anche come invito a contribuire alla nascita di un dibattito che può esser vivace e fruttuoso solo se riesce ad avvalersi di una molteplicità di interventi e di contributi di studiosi di diverse aree.

Infine, indichiamo alcune notazioni in ordine alla struttura del "*Quaderno Energia*", che avrà cadenza periodica. L'indice analitico della documentazione pubblicata in ciascun *Quaderno Energia* corrisponde in larga parte alle principali tematiche energetiche secondo l'approccio delle istituzioni europee. In esso gli interventi di natura dottrina saranno affiancati da rassegne volte a segnalare le più significative novità giurisprudenziali e normative allo scopo di ricostruire "lo stato dell'arte" del settore in esame o "anticiparne" le future linee di sviluppo.

Va, in ultimo, ricordato che l'Osservatorio prenderà in considerazione l'attività dell'Unione nel campo dell'energia a far inizio dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona proprio perché quella data va letta come la nascita ufficiale di una competenza dell'Organizzazione in materia di "politica energetica per l'Europa".

I. IL TRATTATO DI LISBONA E GLI SVILUPPI NEL SETTORE DELL'ENERGIA

di Marilù Marletta

Sommario: 1. Introduzione. - 2. L'azione della CE/UE nel campo dell'energia prima del Trattato di Lisbona. - 3. Il ruolo dell' art. 194 TFUE. - 3.1. L'introduzione nel TFUE di una esplicita competenza nel settore dell'energia. - 3.2. Il riparto di competenze UE/Stati membri con riferimento al settore energetico. - 3.3. La conciliabilità degli obiettivi energetici con gli obiettivi ambientali dell'UE. - 3.4. Il principio della solidarietà energetica. - 3.5. La nozione di politica energetica. - 4. Gli sviluppi dell'energia sul piano giurisprudenziale nel biennio dopo Lisbona.- 5. Gli sviluppi dell' art. 194 sul piano normativo. - Conclusioni.

1. Introduzione

Nell'avviare questa sezione de "I Quaderni europei" dedicata all'approfondimento delle tematiche energetiche ci è sembrato in primo luogo utile puntare l'attenzione sull' ambito nel quale l'UE può svolgere azioni nel campo dell'energia. Ciò al fine non solo di rendere più agevole la comprensione del riparto delle competenze tra l'UE ed i suoi Stati membri in un ambito così vitale, ma altresì di illustrare le condizioni alle quali può rendersi possibile l'instaurazione di una "politica europea dell'energia". E dunque per far ciò bisogna necessariamente partire dagli attuali trattati dell'UE e, in particolare, dalle novità apportate dal Trattato di Lisbona (firmato il 13 dicembre 2007) nel settore dell'energia e dagli sviluppi di questo settore successivamente all'entrata in vigore del medesimo (1° dicembre 2009).

A tal proposito può da subito ricordarsi che il Trattato di Lisbona inserisce nel TFUE un'apposita norma, l'art. 194 che non solo apre "ufficialmente" l'UE alle tematiche energetiche ma ancor più definisce il quadro giuridico nel quale si iscrive l'azione UE nel settore in esame e delinea gli ambiti di quell'azione .

In particolare, l'art. 194 TFUE attribuisce all'UE una competenza parallela affinché possa instaurarsi una politica energetica volta a:

- garantire il funzionamento del Mercato interno
- garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'UE
- promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili e, infine,
- promuovere l'interconnessione delle reti energetiche.

Parimenti l'art. 194 TFUE riconosce agli Stati membri la competenza esclusiva in ordine all'utilizzo delle proprie fonti energetiche, alla composizione del proprio *mix* energetico e alla struttura dell'approvvigionamento.

Dagli elementi poc'anzi forniti appare lo *skyline* di una disposizione che, oltre ad una più chiara demarcazione dell'azione dell'Unione nel settore energetico, almeno sul piano teorico, offre a quest'ultima un ampio raggio d'azione. L'Unione, da Lisbona in poi, è sicuramente legittimata a dotarsi di una propria politica energetica e ad intervenire così sulle più complesse questioni dell'energia, sopra elencate, "nel rispetto dell'ambiente e in uno spirito di solidarietà fra Stati".

2. L'azione della CE/UE nel campo dell'energia prima del Trattato di Lisbona

Tuttavia non si coglierebbe a fondo la portata innovativa dell' esplicita attribuzione all'UE di competenze in campo energetico se non si facesse un rapido accenno al *prima* Lisbona.

A tal proposito va anzi sottolineato che l'assenza sino al Trattato di Lisbona di più dettagliate disposizioni attraverso le quali legittimare l'azione comunitaria in *subiecta materia* non aveva per nulla impedito alla CEE/CE di affrontare le scottanti problematiche energetiche che quasi periodicamente hanno segnato il cammino dell'integrazione della CE/UE. Anzi, non è eccessivo affermare che l'energia è stata da sempre presente nel processo di integrazione europea seppur in assenza di una specifica competenza¹.

Dagli inizi degli anni '70 l'azione delle istituzioni comunitarie con diversa intensità di sviluppi ha infatti toccato tutte le fonti energetiche: non solo il carbone e l'energia nucleare [cui erano stati dedicati due dei tre originari trattati comunitari, il Trattato CECA ed il Trattato Euratom] ma anche l'elettricità ed il gas, le cui "filieri" oggi sono interamente disciplinate da norme comuni. E, sebbene in misura più circoscritta, anche gli idrocarburi e le energie rinnovabili sono rientrati nel raggio d'azione della CE/Unione.

Questo graduale, lento, ma costante processo di inserimento dell'energia nel campo d'azione delle Comunità è spiegabile tenendo conto di più elementi: alcuni di carattere più generale, altri di carattere spiccatamente giuridico discendenti dal modo di essere dell'impianto giuridico su cui poggia il Mercato interno [che, come noto, costituisce la nervatura principale del processo di integrazione europea] e che qui si vogliono rappresentare per grandi linee.

Con riferimento alle ragioni di carattere generale ci si limiterà a dire che sin dal sorgere delle prime crisi energetiche (si pensi agli choc petroliferi degli anni '60 e '70) si è fatta sempre più netta l'idea che le politiche energetiche non possono restare confinate negli ambiti nazionali, ma devono in qualche modo rapportarsi a livelli più elevati di *governance*. E ciò perché il conseguimento dei principali obiettivi della politica energetica degli Stati (e cioè la sicurezza dell'approvvigionamento energetico e l'instaurazione di un mercato concorrenziale compatibile con l'ambiente e le istanze sociali) è sempre più ed inevitabilmente condizionato dall'appartenenza a contesti economici regionali sempre più integrati.

Se vogliamo ricordare le ragioni giuridiche per le quali l'azione della Comunità ha ben presto coinvolto anche l'energia possiamo dire che, soprattutto all'inizio, la CE è intervenuta allorché i problemi dell'energia si intrecciavano con le tematiche del Mercato interno e dunque acquisivano una rilevanza "comunitaria" e perciò andavano affrontati.

Si pensi alle questioni di compatibilità dei monopoli di produzione di energia elettrica con i principi di libera circolazione delle merci (dal momento che i prodotti energetici ricadono nell'ambito di applicazione del TCE/TFUE in quanto "merci" e dunque prodotti pecuniariamente valutabili). Oppure si pensi alle questioni relative all'applicazione delle regole di concorrenza alle imprese fornitrici di energia.

Ma è stato soprattutto in occasione del rilancio del mercato interno a seguito dell'Atto Unico europeo del 1986 che si è radicata l'idea che importanti fonti energetiche come l'elettricità ed il gas non potessero sfuggire al mercato interno e dunque all'applicazione dell'intero repertorio di regole su cui poggia quel mercato (dalle regole sulle libertà economiche fondamentali, alle regole sulla concorrenza e sui servizi di interesse economico generale).

¹ Per un approfondimento del profilo relativo all'evoluzione della competenza della CE nel campo dell'energia, in assenza nel TCE di un esplicito conferimento di competenze e di poteri alla medesima, ci permettiamo rinviare a nostri precedenti scritti: M. MARLETTA, *Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale*, 2011, p. 55 ss., N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, D. RINOLDI, A. SANTINI (a cura di), *Il Trattato di Lisbona e l'energia in Studi in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 393 ss.. Qui basti rammentare che nel Trattato di Roma istitutivo della CEE, a differenza degli altri due Trattati CECA, e CEEA, deputati rispettivamente a regolamentare i mercati dell'energia nucleare e del carbone, non era presente alcun riferimento ad una competenza comunitaria nel settore dell'energia e ciò, non ultimo, per il carattere indubbiamente "trasversale" del diritto CE/UE le cui norme sono volte, come noto, più alla costituzione di un mercato interno e alle modalità del suo funzionamento che alla disciplina di singoli prodotti con l'eccezione di quelli rientranti in "politiche comuni" (come accade per taluni prodotti agricoli).

Solo nel Trattato sull'Unione Europea firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993 si è inserito nel TCE, art. 3, lett. u), un timido quanto generico riferimento all'energia che così sembra in quanto da esso non si poteva dedurre un corrispondente potere d'azione delle istituzioni CE, né si potevano disegnare seppur labili contorni di una "politica energetica" comunitaria.

Ciò ha comportato che l'attrazione del settore energetico nell'orbita dell'azione CE è potuta avvenire solo gradatamente e alla luce dei principi che caratterizzavano l'agire della Comunità (oggi dell'Unione) in quanto ente dotato di competenze d'attribuzione, servendosi soprattutto delle basi giuridiche relative alle libertà economiche del mercato interno.

In questa opera di allargamento delle norme del mercato interno ai mercati energetici ha giocato un ruolo decisivo la competenza della Comunità e oggi dell'Unione, all'armonizzazione delle disposizioni nazionali aventi ad oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del Mercato interno (in particolare, il ricordato art. 114 del TFU, prima art. 95 TCE).

Il risultato di questa graduale attività di estensione del diritto CE/Unione alle attività connesse al ciclo dell'energia è leggibile soprattutto nelle varie "edizioni" delle direttive CE sui Mercati interni di elettricità e gas. Vale la pena citare le seconde direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE relative a norme comuni per il Mercato interno di elettricità e gas² che dal 2011 sono state sostituite dalle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE del 13 luglio 2009³.

Attraverso i menzionati atti si è e si sta realizzando uno dei più importanti traguardi di politica energetica della CE/UE: la liberalizzazione dei mercati nazionali di elettricità e gas ovvero il passaggio da regimi monopolistici a regimi concorrenziali allo scopo di realizzare il libero accesso alle reti, la libertà del produttore di raggiungere il proprio cliente e la libertà del cliente di acquistare energia dal fornitore preferito e tutto questo senza indebolire l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico gravanti sulle imprese energetiche.

Dunque le direttive sopra ricordate sono la testimonianza più inequivocabile dell'ampiezza che ha assunto l'intervento della Comunità/Unione nel settore dell'energia, seppur in assenza, come detto sopra, di una sua specifica competenza in *subiecta materia*.

Ed anche le tematiche dell'impatto dell'energia sull'ambiente, del risparmio energetico e dell'efficienza energetica sono state presenti all'azione comunitaria. E basta scorrere il repertorio della legislazione dell'UE in materia energetica per trovarsi di fronte ad un complesso normativo davvero vasto⁴.

E neanche il fronte delle relazioni esterne è rimasto immune dall'incidenza delle problematiche energetiche. Anzi le relazioni dell'Unione "con il resto del mondo" [se vogliamo riprendere l'espressione utilizzata dal par. 5 dell'art. 3 del nuovo TUE] sono state sempre più condizionate da uno dei problemi più scottanti: la salvaguardia dell'approvvigionamento energetico della CE/UE. Si pensi alle complesse relazioni dell'Unione con la Russia dopo la disgregazione dell'URSS. Il quadro giuridico al quale si è attinto per "legittimare" l'azione esterna della passata Comunità nel campo dell'energia è stato anche quello delle disposizioni del TCE che consentono alle istituzioni la conclusione di accordi di cooperazione o partenariato.

3. Il ruolo dell'art. 194 TFUE

La circostanza che seppur in assenza di una esplicita attribuzione di poteri alla CE/UE nel campo dell'energia parecchio si sia fatto e la creazione di regole comuni sui mercati di elettricità e gas ne è di sicuro un'importante testimonianza, non attenua di certo i caratteri di novità che l'art. 194 TFUE reca e che qui si possono illustrare nelle linee principali.

Sono molteplici gli spunti di riflessione che la citata norma offre e che cominciano lentamente ad emergere seppur, al momento, limitatamente ad una cerchia davvero ristretta di studiosi; e questa pluralità di spunti si spiega non solo con l'impatto che le tematiche energetiche (mercati concorrenziali, sicurezza degli approvvigionamenti, ambiente, rapporti con Stati terzi, per citare solo i più scontati) hanno sulla politica economica di uno Stato e parimenti sulla quotidianità del singolo. L'interesse che suscita la norma in esame ancor più si annoda alla crescente connessione dell'energia con altre rilevanti politiche dell'UE quali ambiente, coesione economica e sociale, reti trans europee e consumatori.

Questi principali spunti di riflessione che l'art. 194 TFUE offre possono così elencarsi:

- l'introduzione nel TFUE di una esplicita competenza nel settore dell'energia
- il riparto di competenze UE/Stati membri con riferimento al settore energetico
- la conciliabilità degli obiettivi energetici con gli obiettivi ambientali dell'UE

² Entrambe in *GUUE L* 176 del 25 luglio 2003.

³ Entrambe in *GUUE L* 211 del 14 agosto 2009.

⁴ Per un elenco completo delle misure in materia di energia v. la voce *Energia* del Repertorio della legislazione comunitaria/ UE in vigore reperibile nel sito web EUR-Lex.

- il rilievo del principio della solidarietà energetica
- in ultimo, la “nozione di politica energetica” affiorante dall’art. 194 TFUE.

Si tratta di filoni molto complessi cui si può solo brevissimamente accennare meritando ciascuno di essi appositi approfondimenti.

3.1. L’introduzione nel TFUE di una esplicita competenza nel settore dell’energia

Dalle riflessioni sull’art. 194 svolte all’indomani dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona mi pare che emergano alcuni assunti che qui possono così sintetizzarsi:

1. l’introduzione di una specifica competenza nel settore dell’energia può essere letta come un importante passo in avanti e non come mera registrazione sul piano del TFUE di una competenza già da tempo esercitata sia sul piano “interno” sia su quello “esterno” grazie al ricorso a “basi giuridiche indirette” del TCE/TFUE quali quelle relative al Mercato interno, alla concorrenza o alle relazioni esterne dell’UE.

La prima circostanza rilevante che ne discende è che l’azione dell’Unione nel campo in esame risulta d’ora in poi ancorata ad una “base giuridica” specifica ed autonoma, quale appunto l’art. 194 TFUE. Ciò a beneficio delle istituzioni UE che saranno sollevate dall’imbarazzo di ricercare di volta in volta una “base giuridica” idonea tra le regole del mercato interno, come sinora avvenuto; questa circostanza, inoltre, conferirà autonomo risalto e riconoscimento a quell’azione. L’esplicito conferimento di una apposita competenza reca un addizionale vantaggio: l’ampiezza degli obiettivi che l’Unione può conseguire sulla base dell’ art. 194 le consente infatti di “smarcarsi” definitivamente da quell’approccio puramente “settoriale” sulla singola fonte energetica, finora prevalente, favorendosi così nel tempo la graduale formazione di una “politica energetica dell’Unione” davvero “integrata” nella quale inscrivere con coerenza e continuità di sviluppi i singoli interventi settoriali finora realizzati.

Meglio si comprende il rilievo di questo profilo se si ricorda che uno dei più frequenti rimproveri mossi alla passata Comunità riguardava proprio l’assenza di una politica energetica “comune”.

2. La seconda conseguenza dell’inserimento nel TFUE di disposizioni sull’ energia è che si interrompe l’assordante silenzio del precedente trattato CE in questo campo rimasto tale nonostante i timidi accenni che il trattato di Maastricht vi aveva introdotto. Silenzio che nel tempo si era trasformato in un vero *handicap* appalesatosi sempre più man mano che i due trattati comunitari, il CECA e l’EURATOM, deputati a regolamentare due specifici settori energetici (rispettivamente il carbone ed il nucleare), per differenti ragioni, avevano attenuato il proprio peso, ricaduto così sul Trattato CE che, di fatto, era diventato il trattato di riferimento per le tematiche energetiche⁵.

3. E c’è ancora un altro aspetto importante da aggiungere: l’art. 194 favorisce il passaggio nel settore energetico ad una fase di “integrazione positiva” e, sotto questo profilo, Lisbona “fa davvero la differenza” tra il “prima” ed il “dopo” della CE/UE nel campo dell’energia.

E si è altresì osservato che in questa fase di “integrazione positiva” non costituirebbe un eccessivo ostacolo all’azione UE il superamento dei test di sussidiarietà e di proporzionalità proprio per quel carattere fortemente “transnazionale” che le tematiche e dunque le azioni nel campo energetico si portano dietro⁶. Insomma sembra passare l’idea che man mano che i mercati energetici si integrano, le azioni nel settore dell’energia vanno, inevitabilmente, a collocarsi su un livello di *governance* necessariamente europeo.

4. Può viceversa destare qualche sorpresa la circostanza che l’art. 194 nulla dica sul fronte di una competenza esterna dell’UE a differenza di quanto avviene in settori, quali ad es. reti transeuropee (art.171, par. 3), ricerca e sviluppo tecnologico (art. 180, lett. b)) o ancora l’ambiente (art. 191, par. 4), per citare proprio settori contigui a quello dell’energia. E ciò desta ancora più stupore in considerazione

⁵ Su questo profilo v. C. BLUMANN, *Les compétences de l’Union européenne dans le domaine de l’énergie* in *Revue des Affaires Européennes (R.E.A.-L.E.A.)* 2009-2010, p. 783 ss.; C. KADDOUS, J. BITAR, *Les compétences de l’Union européenne en matière d’énergie après Lisbonne* in *European Energy Law* D. BUSCHLE, S. HIRSBRUNNER, C. KADDUS (eds.), Bale, 2011, p. 16 ss.

⁶ Su questo profilo, v. ancora C. BLUMANN, op. cit., p. 740 ss.

della vastissima rete di relazioni che l'UE proprio nell'ultimo decennio ha tessuto con Stati terzi. Basti pensare all'istituzione della Comunità europea dell'energia, all'European Charter Treaty o, scendendo più sulle vicende "politiche", alle complesse relazioni con la Russia. E le proiezioni future sono nel segno di un incremento quasi obbligato del ruolo dell'UE sullo scenario energetico mondiale: le grandi reti attraverso le quali avviene l'approvvigionamento del gas originano per lo più da aree geografiche fuori dall'UE.

Semplice dimenticanza o si è piuttosto pensato che l'esplicita attribuzione di competenze esterne all'UE in un settore così "strategico" avrebbe incontrato difficoltà insormontabili e, tutto sommato, questa assenza (momentanea?) di riconoscimento di poteri esterni nel settore in esame, avrebbe potuto consentire alle istituzioni UE maggiore *far play*?

Sappiamo al contempo che l'ordinamento UE, in assenza di specifiche disposizioni sulle competenze esterne, come nella materia che stiamo esaminando, può apprestare diversi rimedi per colmare la lacuna: intanto il nuovo art. 216 TFUE in materia di accordi internazionali che attribuisce all'UE la possibilità di concludere accordi con Paesi terzi o Organizzazioni Internazionali in una pluralità di ipotesi. Dalla formulazione di questa norma non si potrebbe certamente escludere che la competenza esterna possa coprire anche il settore dell'energia "qualora la conclusione di un accordo sia necessaria per realizzare, nell'ambito delle politiche dell'Unione, uno degli obiettivi fissati dal Trattato, o sia prevista in un atto giuridico vincolante dell'Unione".

L'ampio ricorso nella prassi delle istituzioni normative al principio di marca giurisprudenziale del parallelismo tra competenza interna e competenza esterna (giurisprudenza AETR/*Open Skies*) per non parlare poi dell'art. 352 TFUE (la c.d. *clausola di flessibilità*) o alla stessa teoria dei poteri impliciti potrebbero sicuramente essere invocati per fondare l'azione esterna delle istituzioni UE nel campo dell'energia... con l'avvertenza però che su queste graverebbe comunque l'onere di "provare" di volta in volta l'esistenza di una competenza esterna.....nel silenzio dell'art. 194 TFUE.

3.2. Il riparto di competenze UE/Stati membri con riferimento al settore energetico

Parrebbe altrettanto chiaro, quanto meno sul piano teorico, ciò che l'art. 194 vuol sancire sul fronte dei limiti posti all'azione dell'Unione nella realizzazione degli obiettivi di politica energetica: le misure delle istituzioni dell'UE "non incidono sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico".

Queste indicazioni sembrerebbero segnare la linea di confine tra competenze UE e competenze nazionali e ciò in modo efficace perché si fisserebbe il punto oltre il quale non potrebbe spingersi un'eventuale azione UE di coordinamento delle politiche energetiche nazionali.

Su questi limiti di certo si rifletterà a lungo chiedendosi ad es. se essi configurino una vera e propria *domestic jurisdiction energetica* relativa: a) all'utilizzo/sfruttamento delle fonti energetiche nazionali, in simmetria con il principio di diritto internazionale generale sulla sovranità degli Stati nello sfruttamento delle proprie risorse naturali, e b) alla composizione del *mix* energetico nazionale.

Di sicuro la norma consente, almeno in via teorica, una riserva di competenza molto netta che dovrà però fare i conti con l'*acquis* energetico finora realizzatosi che, non di rado e di fatto, influisce sulla composizione del *mix* energetico degli Stati (basti pensare alla seconda direttiva sulle rinnovabili, 2009/28/CE⁷, che pone un calendario ben preciso in ordine alla percentuale di energie rinnovabili che dovrà essere presente nel *mix* energetico nazionale) ma presenta anche connessioni sempre più marcate tra ambiente ed energia, per citare quella più evidente.

Nel misurare l'ampiezza di questa "riserva" di competenze esclusive degli Stati si dovrà necessariamente tenere conto di quanto disposto in materia di ambiente, settore, come noto, contiguo all'energia. L'art. 192 TFUE, come si vedrà più avanti, consente infatti alle istituzioni UE, nel rispetto di determinate condizioni, di prendere misure che incidano sulla scelte energetiche di uno Stato membro o sul suo approvvigionamento.

⁷ GUUE L 140 del 5.6.2009.

La circostanza che il settore energetico risulti un settore con un alto grado di integrazione, sia economica che geografica, renderà nel concreto difficile rispettare la linea di confine tra competenze dell'UE e competenze degli Stati membri.

Si prenda ad es. la materia dell'approvvigionamento energetico: essa è rubricata tra gli obiettivi della politica dell'UE nel settore dell'energia (lettera d) del par. 1 dell'art. 194), ma, al contempo costituisce un limite all'azione dell'UE in quanto lo stesso articolo 194 stabilisce che le misure necessarie al raggiungimento degli obiettivi di politica energetica dell'UE non possono "incidere sul diritto di uno Stato membro di determinare... la struttura generale del suo approvvigionamento energetico".

E dunque anche su questo fronte ci sarà da riflettere attentamente.

In ultimo, ci si chiede se l'art. 194 nel delineare i limiti all'azione dell'Unione, possa essere letto "al rovescio" allo scopo di ricavare la sottotraccia di quegli altri limiti che incontrerebbero le competenze nazionali in *subjecta materia*. In altre parole, l'art. 194 TFUE non andrebbe commentato solo come "base giuridica" della competenza dell'Unione sull'energia ma anche come norma che implicitamente obbliga gli Stati a far sì che le loro azioni non compromettano quei generali obiettivi indicati alle lettere a)-c) del primo paragrafo dell'art. 194.

3.3. La conciliabilità degli obiettivi energetici con gli obiettivi ambientali dell'UE

Quella dei rapporti tra energia ed ambiente rappresenta un'altra importante tematica che emerge dalla lettura combinata dell'art. 194 TFUE e delle disposizioni del TFUE in materia di ambiente, artt. 191-193 e che, soprattutto nel dopo Lisbona si sta imponendo agli studiosi⁸.

Premesso che entrambi i settori dopo Lisbona si collocano su un piano di "parità" tanto giuridica, ricevendo pari "riconoscimento" sul piano del TFUE, tanto politica (vedi le numerose dichiarazioni della Commissione sulla marcata correlazione tra energia ed ambiente e dello stesso Consiglio europeo del marzo 2007 ove viene lanciata la nozione di una "politica integrata in materia di clima ed energia") ci si chiede come questo rapporto si configurerà nella pratica: sarà rivalità o alleanza tra le due discipline, ovvero tra ambiente ed energia?

L'interrogativo è davvero complesso e trova fondamento se si leggono insieme l'art. 194 e le norme sull'ambiente a causa dei reciproci rinvii che le due discipline operano.

Ad una prima lettura il TFUE sembra subordinare la politica energetica a quella ambientale: e ciò non solo perché l'art. 194 condiziona il perseguimento degli obiettivi di politica energetica "all'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente".

Ma ancor più perché l'art. 192 TFUE, da parte sua, consente al Consiglio, seppur nel rispetto della procedura legislativa speciale e previa consultazione del PE, del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni, l'adozione di "misure aventi una sensibile incidenza sulla scelta di uno Stato membro tra diverse fonti energetiche e sulla struttura generale dell'approvvigionamento energetico del medesimo". Ciò implica che, sarebbe possibile per le istituzioni UE, in sede di esercizio delle competenze ambientali, toccare quelle zone di competenza esclusiva che l'art. 194 riserva agli Stati nel settore dell'energia e cioè scelta del proprio *mix* energetico e struttura generale del suo approvvigionamento.

In una lettura "teleologica" delle norme citate si potrebbe viceversa affermare che le due discipline mirano allo stesso obiettivo e dunque tra esse non dovrebbero sorgere contrasti, per non dire rivalità e ciò perché "**politica ambientale**" dell'UE significa "**utilizzo accorto e razionale delle risorse naturali**" (tra cui anche quelle energetiche) e la politica energetica, da parte sua, condiziona il perseguimento dei propri obiettivi "all'esigenza di tutelare e migliorare l'ambiente".

L'applicazione dell'art. 194 TFUE scioglierà questi nodi?

⁸ V. di recente sul punto, P. THIEFFRY, *Les politiques européennes de l'énergie et de l'environnement: rivales ou alliées?*, in RAE-LEA. 2009-2010, p. 783 ss.

3.4. Il principio della solidarietà energetica

L'art. 194 TFUE contiene un significativo inciso lì ove si specifica che il perseguimento degli obiettivi della politica energetica si effettua tenendo conto del funzionamento del Mercato interno e dell'ambiente, *in uno spirito di solidarietà fra Stati membri*⁹.

Va premesso a tal proposito che il riferimento nell'art. 194 alla solidarietà fra Stati membri è importante per più ragioni: in primo luogo si riprende un principio cardine del sistema UE che vuole che gli Stati membri condividano del processo di integrazione europea non solo i vantaggi ma anche i rischi. E lo si riprende in un settore specifico, quello energetico che presenta un accentuato grado di "interdipendenza nazionale" notevolmente accresciuto dalla realizzazione di un Mercato interno dell'energia. Come dire è difficile che in politica energetica ognuno possa bastare a se stesso.

Mi pare che si possano formulare alcune osservazioni in ordine al riferimento allo "spirito di solidarietà fra Stati":

1. dal momento che la sicurezza energetica è il vero obiettivo della politica energetica il principio di solidarietà potrebbe proprio su questo fronte giocare un ruolo importante: sicurezza energetica e solidarietà fra Stati membri costituirebbero due facce della stessa medaglia. In questa lettura dell'art. 194 TFUE il riferimento alla solidarietà energetica ne uscirebbe rafforzato sino a divenire elemento qualificante del Mercato interno energetico e non in antitesi con quest'ultimo.
2. la seconda osservazione è legata alla precedente: dopo Lisbona il Mercato interno dell'energia non sarebbe un valore in sé ma andrebbe "riorientato" alla luce di un principio, quello appunto della "solidarietà energetica", chiamato a sua volta, a radicarsi nella configurazione delle politiche energetiche interne ed esterne tanto dell'UE che degli Stati membri.
3. Nella realizzazione di una prospettiva "solidaristica" un ruolo importante avrebbero quelle nuove *Authority* europee del Mercato interno dell'elettricità e del gas, istituite dal terzo pacchetto energia, cui spettano compiti ben precisi in ordine soprattutto alle reti. E ci si chiede allora se esse potrebbero contribuire a dare rilievo "pratico" ad un principio che viceversa resterebbe solo "ideologico".
4. Infine il principio della "solidarietà energetica" potrebbe coinvolgere anche il piano delle relazioni esterne dell'UE in materia energetica, pur nella consapevolezza che ciò può apparire al momento davvero "teorico". Anche su questo fronte la norma in esame offre molteplici chiavi di lettura.

3.5. La nozione di politica energetica

L'ultima questione che viene fuori dalla lettura dell'art.194 attiene alla nozione di "politica energetica comune" ricavabile dalla norma di cui sopra. E ciò tenuto conto sia delle competenze parallele dell'UE sia del riconoscimento in capo agli Stati delle competenze esclusive sopra nominate.

Il quesito non ha valore puramente teorico in quanto già dagli inizi del nuovo millennio la Commissione ha elaborato una propria nozione di politica energetica comune basata su una "Strategia europea per una energia sicura, competitiva e sostenibile" e lo stesso Consiglio nel 2007, come sopra ricordato, ha fatto propri gli orientamenti espressi dalla Commissione nella nota Comunicazione del 10 gennaio 2007 in ordine alla istituzione di una "politica energetica per l'Europa" ancora più incisiva della politica energetica europea¹⁰.

Per rispondere al quesito di cui sopra sarà necessario riferirsi ad alcuni elementi "interni" allo stesso art. 194 e cioè il riferimento al Mercato interno e ai limiti all'azione dell'UE nel settore energetico in presenza delle prerogative degli Stati membri, anche se ne potrebbero egualmente influire altri "esterni" alla norma in esame, certo più complessi ed altrettanto "volatili", che atterrebbero all'influenza che altre politiche dell'UE, contigue alla politica energetica, potrebbero avere su quest'ultima.

⁹ V. sul punto Y. PETIT, *La solidarité énergétique entre les Etats membres de l'Union européenne: une chimère?*, in RAE-LEA 2009-2010/4, p. 771 ss.

¹⁰ COM(2007)1 def. leggibile al link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0001:FIN:IT:PDF>

Limitandoci solo ai primi ci si chiede quali effetti può avere sulla formazione di una politica energetica europea il riferimento al Mercato interno. Implica forse che essa potrà svilupparsi solo nel “quadro della realizzazione e del funzionamento del Mercato interno” come recita l’art. 194 in considerazione, soprattutto, della circostanza che il riferimento in parola sia stato posto proprio all’inizio della disposizione in esame?. Ed ancora: quella collocazione testimonierebbe il chiaro intento degli Stati di attribuire all’Unione una competenza parallela in materia energetica solo nella misura in cui incida sul Mercato interno: in altre parole, una politica energetica ispirata soltanto ad obiettivi di libero scambio?

Questa interpretazione restrittiva potrebbe trovare fondamento soprattutto nel riconoscimento agli Stati delle competenze esclusive lasciate loro dall’art. 194. Se così fosse la possibilità di una politica energetica comune, più ampia della semplice instaurazione di un Mercato comune energetico, resterebbe davvero notevolmente compromessa.

E’ anche vero però che la lettura dell’art. 194 può, al contempo, aprire lo spiraglio ad obiettivi ambiziosi, vasti e di lungo periodo come quelli emergenti dalle strategie disegnate dalla Commissione nell’ultimo decennio e che troverebbero conforto nell’elenco dei settori su cui l’azione UE può puntare e deducibile dalle lettere a)-d) dell’art. 194. Anche qui bisognerà vedere quale sarà l’orientamento degli Stati a fronte dell’iperattivismo che sinora ha caratterizzato la Commissione.

4. Gli sviluppi dell’energia sul piano giurisprudenziale nel biennio dopo Lisbona

Queste brevi note sulla lettura dell’art. 194 a due anni dall’entrata in vigore del trattato di Lisbona non sarebbero complete se non si guardasse al versante giurisprudenziale ed alle proposte normative.

Anche la Corte nel biennio post Lisbona ha avuto modo di affrontare tematiche energetiche contribuendo non solo allo sviluppo dell’*acquis* energetico che si sta rapidamente formando, ma soprattutto offrendo ulteriori occasioni di studio all’attenzione degli studiosi delle questioni giuridiche connesse all’energia¹¹.

Mi limiterò a ricordare due casi: il primo è stato già giudicato. Il secondo è attualmente pendente e l’attesa è crescente perché si affrontano questioni di primario rilievo ai fini della realizzazione del Mercato interno dell’elettricità.

E’ apparso, viceversa, opportuno tralasciare taluni ricorsi per inadempimento promossi dalla Commissione perché riguardano direttive in materia energetica a carattere eccessivamente tecnico non pertinenti dunque con l’interpretazione dell’art. 194.

Il primo riguarda un ricorso per infrazione promosso dalla Commissione contro la Repubblica slovacca e deciso recentemente con la causa C-264/09 il 15.9.2011¹².

In quell’occasione la Corte ha dovuto giudicare la compatibilità con la direttiva 2003/54/CE sul Mercato interno di elettricità di un contratto di transito tra una società svizzera ed il gestore slovacco

¹¹ La Corte è intervenuta in numerosi ricorsi per infrazione promossi dalla Commissione. Testimoniano tutto ciò le numerose procedure di infrazione che la Commissione ha avviato a garanzia di una tempestiva e corretta applicazione delle direttive in materia energetica. Per ricordare qualche dato basta dire che già nel giugno 2009, prima quindi dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona la Commissione europea aveva avviato procedimenti di infrazione contro 25 Stati membri per quanto riguarda l’elettricità e contro 21 Stati membri per quanto riguarda il gas.

I ricorsi della Commissione riguardavano la mancanza di trasparenza, gli insufficienti sforzi di coordinamento da parte degli operatori dei sistemi di trasmissione per rendere disponibile la massima capacità di interconnessione, l’assenza di cooperazione a livello regionale, il mancato controllo dell’applicazione della normativa da parte delle autorità competenti degli Stati membri e l’assenza di adeguate procedure per la risoluzione delle controversie. Nell’ottobre 2009 la Commissione ha avviato ulteriori procedimenti d’infrazione nei confronti di due Stati membri (il Belgio e la Svezia) in relazione al transito e allo stoccaggio del gas¹¹. Ma sono stati anche i tribunali interni a chiedere lumi alla Corte per meglio capire la compatibilità di misure interne rientranti nel campo di applicazione delle direttive sul Mercato interno dell’energia elettrica o del gas.

¹¹ Il contratto contestato prevedeva come contropartita della partecipazione della società svizzera ai costi di costruzione di una linea di trasmissione ad alta tensione in Slovacchia, l’attribuzione a quella società di una capacità di trasmissione, in altre parole un diritto di transito privilegiato.

¹² La sentenza è leggibile al link:

<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr&Submit=Rechercher&alldocs=alldocs&docj=docj&docop=docop&docor=docor&docjo=docjo&numaff=C-264/09&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100>.

delle reti¹³. Il contratto era stato concluso prima dell'adesione della Repubblica slovacca all'UE e secondo la Commissione esso violava l'obbligo di accesso non discriminatorio al sistema di trasmissione sancito dalla ricordata direttiva 2003/54/CE, abrogata successivamente dalla direttiva 2009/72/CE.

Nel caso portato dinanzi alla Corte si trattava di scegliere se: dare la prevalenza, *ad ogni costo*, alla normativa sul Mercato interno di elettricità (in specie le norme della direttiva 2003/54/CE che impongono al gestore della rete ad alta tensione di assicurare un accesso dei terzi non discriminato, nei cui confronti il contratto tra la società svizzera ed il gestore delle reti di alta tensione slovacco si poneva in contrasto) con la conseguenza di imporre alla Slovacchia l'obbligo di annullare il contratto tra la società svizzera ed il gestore slovacco. Oppure ritenere applicabile al caso concreto l'art. 307 TCE (dopo Lisbona art. 351 TFUE) che, come noto, contiene una "clausola di subordinazione" del trattato cui si accede (in questo caso il TCE) rispetto a convenzioni internazionali precedenti che legano uno o più Stati membri, da un lato, ed uno o più Stati terzi, dall'altro.

La Corte di Lussemburgo ha preferito questa seconda via reputando che proprio sulla base dell'art. 307 TCE, primo comma, non si sarebbe potuto imputare alla Slovacchia l'obbligo di agire per eliminare i conflitti esistenti tra normativa comunitaria ed obbligazioni internazionali assunte da uno Stato prima della sua adesione all'UE, come avrebbe richiesto invece il par. 2 della medesima disposizione¹⁴.

Dunque la Corte non ha escluso l'incompatibilità con le norme della direttiva 2003/54 CE dell'accesso preferenziale alla rete, concesso alla società svizzera, ma ha ritenuto che quell'accesso potesse trovare giustificazione sulla base della disposizione del TCE che fa salvi i pregressi impegni internazionali di uno Stato che aderisce all'UE.

Pur non costituendo un *leading case* in materia energetica la citata sentenza offre tratti interessanti in quanto sembra indicare sino a che punto possa spingersi l'apertura dei mercati che, come noto, è uno dei principali imperativi della politica energetica europea.

In altre parole l'applicazione delle norme sul Mercato interno, in questo caso la direttiva 2003/54 CE, può trovare un limite in quelle altre norme del TCE/TFUE, in questo caso l'art. 307TCE/351TFUE che, nel recepire un principio generale di diritto internazionale, dà priorità alle obbligazioni internazionali precedentemente assunte dagli Stati membri con Paesi terzi.

L'intransigenza della Commissione nell'applicazione dei principi che stanno alla base del neo-costituito e costituendo Mercato interno dell'elettricità troverebbe dunque un limite in queste recenti indicazioni della Corte? Potrebbe leggersi un monito della Corte alla Commissione.... quasi a suggerirle : "Talebana ma non troppo"?

Il secondo caso interessante, C-242/10, tuttora pendente davanti alla Corte, concerne una questione pregiudiziale promossa dal TAR Lombardia in ordine alla compatibilità con il diritto dell'UE e con la direttiva 2003/54/CE di talune delibere della nostra Autorità per l'energia elettrica ed il gas (AEEG) con le quali vengono imposti obblighi di servizio pubblico alle imprese elettriche, titolari di impianti considerati come "essenziali" per il funzionamento del sistema elettrico nell'ambito dei c. d. servizi di "dispacciamento e bilanciamento"¹⁵.

¹³ Il contratto contestato prevedeva come contropartita della partecipazione della società svizzera ai costi di costruzione di una linea di trasmissione ad alta tensione in Slovacchia, l'attribuzione alla medesima di una capacità di trasmissione, in altre parole un diritto di transito privilegiato.

¹⁴ Proprio con riferimento alla questione se la Slovacchia fosse obbligata ad adottare le misure necessarie al fine di eliminare le incompatibilità esistenti tra la Convenzione "precomunitaria e il Trattato CE, la Corte ha fatto salvo, in virtù dell'art. 307, primo comma TCE, l'Accordo bilaterale di tutela degli investimenti. In altri termini, secondo la Corte, non potrebbe sussistere nel caso concreto un obbligo della Slovacchia ad eliminare l'incompatibilità con il diritto dell'UE in quanto le misure che potrebbero essere adottate costituirebbero una violazione di quell'ampia tutela degli investimenti cui (tramite l'art. 6) punta l'Accordo bilaterale a sua volta protetto dall'art. 307 TCE.

4. Il quesito del TAR Lombardia è stato così formulato: se gli artt. 23, 43, 49 e 56 del Trattato, nonché il comma 2 ed il comma 6 dell'art. 11 e l'art. 24 della direttiva n. 54 del 2003 ostino ad una normativa nazionale che, in assenza di notifica alla commissione UE, imponga stabilmente a determinati produttori di energia elettrica che, in circostanze date, risultino essenziali per il soddisfacimento del fabbisogno della domanda per i servizi di dispacciamento, di formulare offerte sui mercati della borsa elettrica secondo programmi eteronomamente determinati dal gestore della rete, e che sottragga la remunerazione di tali offerte alla libera determinazione del produttore ancorandola a parametri non predeterminati secondo "procedure trasparenti, non discriminatorie e basate su criteri di mercato".

La controversia interna nasce da un contrasto tra ENEL e Terna (il "gestore" della rete nazionale di trasmissione dell'energia elettrica). La prima ha lamentato che le delibere dell'Autorità attribuirebbero a Terna poteri che sarebbero volti non solo a garantire l'esercizio dell'attività di dispacciamento e bilanciamento, compito primario per assicurare la regolare erogazione dell'elettricità 24 ore su 24, ma di

Tralasciando gli aspetti eccessivamente tecnici delle questioni sottoposte alla Corte mi limito a ricordare che la questione centrale, certamente molto delicata sotto una pluralità di versanti, è: se l'attività di dispacciamento vada anch'essa liberalizzata e dunque sottoposta esclusivamente alle regole della libera contrattazione di mercato rifacendosi esclusivamente al criterio della "priorità economica" come sembrerebbe dedursi dall' art. 11, par. 2 della direttiva 2003/7/CE che lo richiama.

Oppure, se il dispacciamento possa essere parzialmente sottratto al criterio sopra indicato, lasciandosi così un margine di maggiore discrezionalità agli Stati quanto meno con riferimento all'acquisto di elettricità necessaria al dispacciamento soprattutto allorché quest'ultimo interviene in un settore elettrico il cui mercato sia carente di liquidità come potrebbe accadere in una fase transitoria di apertura dei mercati energetici alle liberalizzazioni.

Insomma la questione, per quanto possa sembrare di non facile percezione se non si conoscono i fondamentali della "filiera elettrica" e dunque il nevralgico ruolo dell'attività del dispacciamento ai fini della continua e regolare erogazione dell'energia elettrica al cliente finale, è di notevole rilievo non solo perché rapportabile alla più ampia tematica dell'equilibrio tra libero mercato ed obblighi di interesse pubblico nel settore elettrico, ma soprattutto per gli effetti a caduta della futura soluzione della Corte sui poteri delle Autorità nazionali di intervenire sui prezzi del mercato per il servizio del dispacciamento che, a sua volta, inevitabilmente inciderà sui prezzi finali dell'energia elettrica.

Il caso ricordato mostra come la strada verso la realizzazione del Mercato interno dell'elettricità e del gas, competitivo e non discriminatorio sia un processo permanente e proprio per questo di difficile attuazione all'incrocio tra principi della concorrenza ed obblighi di servizio pubblico.

Le conclusioni dell'Avvocato Generale¹⁶, presentate lo scorso 21 luglio, sembrano orientate sostanzialmente a far salve le delibere della nostra Autorità per l'energia e, di fatto l'operato di Terna, il gestore italiano della rete elettrica, a condizione che si rispettino precise condizioni, puntuali *caveat* la cui sussistenza nel caso controverso dovrebbe essere poi valutata dal giudice nazionale.

Bisognerà attendere per sapere se la Corte farà proprie queste indicazioni così "salomoniche" e di compromesso tra il regime del libero mercato che costituisce il "regime a carattere generale" e quelle limitazioni che ad esso si impongono e che devono essere circoscritte ad ipotesi particolari e trovare legittimazione in motivazioni di interesse pubblico connesse alla sicurezza del sistema. Una sentenza che, oltretutto, costituirà una guida per le scelte delle *Autority* nazionali dell'energia.

5. Gli sviluppi dell'art. 194 sul piano normativo

Sul versante normativo l'attività delle istituzioni nel post Lisbona appare in marcata continuità con il forte attivismo che ha connotato l'azione dell'UE nel settore energetico nell'ultimo decennio e molte delle iniziative in cantiere sono volte ad ampliare soprattutto la piattaforma normativa su cui poggia il Mercato interno dell'elettricità e del gas.

Mi limito qui a ricordare solo le proposte normative fondate sull'art. 194 TFUE.

E' appena di qualche mese addietro e, precisamente del 14 settembre, l'approvazione da parte del PE in prima lettura del Regolamento sull'integrità e sulla trasparenza del mercato dell'energia (Ritme)¹⁷.

fatto incidendo sulla determinazione del prezzo dell'energia necessaria al dispacciamento inciderebbero sui prezzi finali di vendita dell'energia al consumatore.

In specie, secondo ENEL le delibere dell'Autorità nell'individuare "le unità essenziali" per la sicurezza della rete elettrica nazionale, tra cui ENEL medesima, consentirebbero di dettare vincoli e criteri in ordine alle offerte di energia che dette unità andranno a fare nei mercati elettrici. In tal modo il Gestore della Rete sarebbe in grado di influire sia sull'aspetto quantitativo e qualitativo dell'offerta (non solo sull'offerta del mercato per il servizio di dispacciamento), sia sul prezzo dell'energia necessaria all'erogazione del servizio di dispacciamento.

Il contrasto tra ENEL e Terna assumerebbe rilievo "comunitario" in quanto le contestate delibere dell'Autorità violerebbero l'art. 11 della direttiva 2003/54/CE che impone ai Gestori nazionali cui incombe l'attività di dispacciamento di effettuare quest'ultima alla luce di "criteri obiettivi, pubblicati ed applicati in materia discriminatoria".

¹⁶ Conclusioni Avv. gen. PEDRO CRUZ VILLALÓN.

¹⁷Il PE si è espresso sulla relativa proposta della Commissione dell'8 dicembre 2010, COM(2010)726 def., v. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FTEXT%2bTA%2bP7-TA-2011-0376%2b0%2bDOC%2bXML%2bV0%2F%2FT>

Il Regolamento è basato sull'art. 194 TFUE, par. 2, proprio per lo stretto nesso che la materia da disciplinare presenta con il funzionamento del Mercato interno dell'energia ed è quindi una delle prime applicazioni dell'art. 194 TFUE.

Il Regolamento, su cui sembra convergere il consenso del Parlamento e del Consiglio, una volta in vigore disciplinerà l'intero mercato energetico europeo all'ingrosso destinato ad estendersi sempre più oltre i confini nazionali per quanto concerne il luogo di compravendita e il luogo di produzione e consumo. La proposta mira a porre nuove regole per prevenire abusi sul mercato energetico all'ingrosso e, quindi, proteggere i consumatori finali¹⁸.

C'è ancora un'altra proposta basata sull'art. 194 TFUE che sicuramente desterà molto interesse sul fronte delle relazioni esterne in materia energetica. E' stata presentata dalla Commissione lo scorso 7 settembre e prevede a carico degli Stati membri l'obbligo di fornire informazioni alla Commissione sugli accordi internazionali sottoscritti con i paesi terzi nel settore energetico.

Gli articoli della proposta sono pochi ma forse per questo incisivi. Mirano a consentire alla Commissione di istituire un meccanismo per lo scambio di informazioni relative agli accordi intergovernativi nel settore energetico fra Stati membri e paesi terzi.

Questo sistema estenderebbe a tutte le forme di energia la procedura di notifica già in vigore per le intese nel settore del gas.

Sarebbe banale dire che un filtro europeo alle scelte bilaterali degli Stati sarà comunque al centro di grandi discussioni nelle prossime settimane; della proposta si occuperà in prima battuta il Consiglio e successivamente il Parlamento.

La rilevanza pratica della proposta si coglie da sola pensando che interviene in un contesto in cui la quota di import nell'UE sfiora l'80% per il petrolio e va oltre il 60% nel gas. In questo panorama è inevitabile che gli accordi nazionali esercitino un impatto significativo sullo sviluppo delle infrastrutture e sull'approvvigionamento di energia dell'Unione nel suo complesso.

L'inesistenza al momento di obblighi di informazione alla Commissione sugli accordi bilaterali energetici tra Stati UE e paesi terzi ha costituito certamente un ostacolo alla formazione di una politica energetica europea e soprattutto la possibilità per i vari Governi (Italia compresa) di muoversi in ordine sparso per ottenere le fonti energetiche necessarie al proprio fabbisogno.

Dunque per l'esecutivo UE c'è la necessità di un migliore coordinamento fra gli Stati membri per identificare e attuare priorità chiare in tema di politica energetica; in sostanza i singoli Paesi dovrebbero informare Bruxelles sull'intenzione di aprire negoziati e comunicare la versione definitiva dell'accordo.

Vista a pochi mesi dalla crisi libica la proposta della Commissione sembra davvero la risposta adeguata a mettere ordine nelle complesse relazioni bilaterali nel campo energetico o, quanto meno, ad offrire alla Commissione uno strumento cognitivo importante in sede di strategia esterna dell'UE. I futuri sviluppi vanno seguiti con attenzione e comunque può da subito affermarsi che di certo la Commissione non ha perso occasione per approfittare delle possibilità offerte dall'art. 194 del TFUE.

Ci sarà tempo per verificare l'utilizzo della corretta base giuridica.

Conclusioni

Nel tentare di formulare un bilancio finale in ordine agli sviluppi del settore energetico dopo Lisbona mi sono riferita soltanto alle iniziative più importanti che possono diventare interessanti punti di osservazione dei nuovi equilibri istituzionali che il Trattato di Lisbona vuol ridisegnare allo scopo di tracciare una più chiara delimitazione, almeno sul piano teorico, dell'azione UE settore energetico.

¹⁸ Le nuove regole, in specie, vietano l'uso d'informazioni privilegiate (*insider trading*) e manipolazioni del mercato, imponendo che le sanzioni nazionali in caso d'irregolarità siano in linea con il danno inferto ai consumatori. Sarà l'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia a cooperare con le autorità nazionali di regolamentazione istituite ai sensi della direttiva 2009/72/CE e della direttiva 2009/73/CE per monitorare i mercati dell'elettricità e del gas, nonché per assicurare che siano adottate misure di applicazione efficaci e coordinate.

Trattandosi di un settore spiccatamente tecnico gli interventi a carattere settoriale nell'arco cronologico in considerazione sono stati numerosi, peraltro in linea con il forte attivismo di cui il settore dell'energia si è connotato nell'ultimo ventennio. E' innegabile che l'azione UE pur non avendo portato al decollo di una politica europea dell'energia ha però posto le indispensabili premesse affinché dalle singole azioni finora intraprese, si pensi appunto all'instaurazione di un Mercato interno per elettricità e gas, si possa giungere, mettendo assieme molte tessere del *puzzle*, ad un'azione più integrata e coerente.

Si potrebbe allora affermare che in questo biennio non solo si è sfruttato l'*abbrivio* che l'azione UE nel settore energetico già aveva di suo, ma si sono dati chiari segni della volontà di mettere a profitto la nuova competenza in vista di un'azione più globale ed integrata con l'intero processo di integrazione europea.

Certo va ricordato che ci si muove in un ambito a forte rilevanza economica e, in quanto tale, particolarmente esposto alle crisi finanziarie che stanno attraversando i mercati. Il buon funzionamento del Mercato, proprio per i servizi a rete, quelli connessi a elettricità e gas, non dipende solo dall'efficacia delle regole ma è indissolubilmente condizionato dallo sviluppo delle infrastrutture: reti energetiche, adeguate ed integrate, sono il presupposto essenziale per il conseguimento degli obiettivi della politica energetica dell'UE.

Dunque lo sviluppo dell'infrastruttura energetica sarà nel futuro ancora più rilevante per gli sviluppi di un Mercato interno dell'energia correttamente funzionante, ma ancora di più per il rafforzamento della sicurezza dell'approvvigionamento energetico.

COM(2007)1 definitivo finanziaria rischia di causare il ritardo o l'annullamento degli investimenti nelle infrastrutture dell'energia e, di conseguenza, di far sì che la UE nel prossimo futuro rischi di trovarsi sprovvista delle infrastrutture necessarie per far fronte ai bisogni di approvvigionamento (o riesca a dotarsene in ritardo)¹⁹.

E questo è un dato particolarmente preoccupante se si pensa che proprio il settore energetico è posto davanti alla necessità di rimodellarsi per affrontare le sfide poste dal cambiamento climatico e dalla sicurezza energetica.

Dunque non resta che sperare che l'attivismo delle istituzioni nel dare attuazione alle novità del Trattato di Lisbona non resti pericolosamente condizionato dall'attuale crisi economica.

¹⁹ V. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni - Priorità per le infrastrutture energetiche per il 2020 e oltre. Piano per una rete energetica europea integrata. COM(2010)677 def.

II. I SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE NEL SETTORE DELL'ENERGIA TRA OBBLIGHI DI SERVIZIO PUBBLICO E REGOLE DI CONCORRENZA

di Marco Lombardo

Sommario: 1. Considerazioni preliminari. – 2. La riforma dei servizi pubblici di carattere economico. – 3. I SIEG nel settore dell'energia. – 4. Il processo di liberalizzazione dei servizi energetici e la normativa settoriale sugli obblighi di servizio pubblico: dall'eccezione alla regola. – 5. Il rapporto tra le norme settoriali sugli obblighi di servizio pubblico e l'articolo 106, par. 2, TFUE. – 6 La giurisprudenza della CGUE sui SIEG nell'energia. – 7. Alcune considerazioni (non) conclusive.

1. Considerazioni preliminari

La ricerca di un delicato punto di equilibrio tra il principio della libera concorrenza e interessi pubblici meritevoli di tutela trova un interessante 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 dell'UE, ma più in generale all'elaborazione di un vero e proprio modello sociale europeo²⁰. Nel campo dei SIEG (ex art. 14 TFUE) si viene a delineare una nuova tappa dell'integrazione europea, fondata sul riconoscimento dei diritti sociali che possono risultare talora antagonisti rispetto agli obiettivi economici dei 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 europee, i giudici e la dottrina sono diventati i principali protagonisti di un ampio dibattito in materia di SIEG²¹. 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'*.²²

2. La riforma dei servizi pubblici di carattere economico

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,

²⁰ 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*, Torino, 2008.

²¹ Per l'interpretazione dell'art. 106, par. 2, TFUE in dottrina v. J. V. LOUIS, S. RODRIGUES, *Les services d'intérêt économique générale et l'Union européenne*, Bruxelles, 2006; F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza* in DUE, 3/06, pp. 453-488; F. MUNARI, *La disciplina dei servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati membri e interesse generale*, in DUE, 2002, p. 39 e ss.; G. ROSSI (a cura di), *L'impresa europea di interesse generale*, Milano, 2006; L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2001; R. CAFFERATA, M. MARTELLINI, D. VELO (a cura di), *Liberalizzazioni, impresa pubblica, impresa d'interesse generale nell'Unione europea*, Bologna, 2007; V. DE FALCO, *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova, 2003.

²² Così, F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in DUE, 3/06, 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*, Milano, 2007, pp. 1043 ss; R. CAIAZZO, *Obblighi di servizio pubblico nei settori dell'elettricità e del gas in Italia*, in RGEE, 2004, pp. 1-20; N. RANGONE, *I tentativi di 'erosione' dei monopoli di importazione ed esportazione dell'elettricità*, in GDA, n. 4/1998, pp. 320-321; P. CAVALIERE, A. VEDASCHI, *Il mercato europeo del gas naturale: un obiettivo ancora da raggiungere*, in DPCE, pp. 885-911; E. BERTOLINI, C. LUCIONI, *Il settore elettrico in Europa*, in *I servizi pubblici negli ordinamenti europei*, pp. 849-851; 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*, Bari, 2001, pp. 111-159; D. SORACE, *Il servizio di interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, in DP, 2004, p. 1009 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 RGEE, 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*, Bruxelles, 2006; V. SOTTILI, *Il mercato dell'energia elettrica nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in DUE, 1998.

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 generale²³.

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 poteri²⁴.

Il cambiamento del gestore dei servizi pubblici di carattere economico²⁵, dagli enti pubblici agli enti privati, ha evidentemente influenzato anche le modalità di erogazione dei servizi in settori cruciali come le telecomunicazioni²⁶, il servizio postale²⁷, il trasporto²⁸.

3. I SIEG nel settore dell'energia

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 concorrenza tra le imprese incaricate della gestione dei servizi) e la protezione 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

²³ 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.

²⁴ Com'è noto, l'articolo 106 TFUE stabilisce la nozione di SIEG come 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.

²⁵ 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 ovvero in base a strumenti di mercato. 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 di una componente rispetto all'altra. Nella definizione della natura economica ovvero solidale dell'attività svolta vengono in rilievo diversi indici qualificanti: il carattere obbligatorio, l'origine legale, la natura universale, il sistema di solidarietà tra i beneficiari sono indici presuntivi dell'esistenza di un servizio di natura sociale. Dall'altra parte, il carattere integrativo o facoltativo dell'origine legale, la determinazione del prezzo del servizio in funzione della sua qualità, la gestione del servizio secondo le regole del profitto sono indici presuntivi di un servizio di natura economica. 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 *DUE*, 4/05, pp. 797-816.

²⁶ R. MASTROIANNI, *Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo*, Torino, 2004; G. VENTURINI, *Servizi di telecomunicazione e concorrenza nel diritto internazionale e comunitario*, Torino, 1999; L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni: un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico*, Torino, 1999; G. MORBIDELLI, F. DONATI, P. CARETTI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino, 2003; F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2002; B. DE WITTE, *Public Service Broadcasting and European Law*, 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 *DII*, 2003, p. 1 ss.; A. PACE, *Verso la fine del servizio pubblico radiotelevisivo?*, in *Europa e informazione, QRDPE*, Napoli, 2004; R. MASTROIANNI (a cura di), *Il sistema radiotelevisivo e la legalità europea*, Napoli, 2006.

²⁷ Corte di giustizia, sentenza dell'1 luglio 2008, nei procedimenti riuniti C-341/06P e C-342/06, *Chronopost II*; sentenza del 3 luglio 2003, nelle cause riunite C-83/01P, C-93/01P e C-94/01P, *Chronopost I*. (in *Raccolta*, p. 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 *Raccolta*, p. I-01243 ss.

²⁸ F. MUNARI, *Il diritto comunitario dei trasporti*, Milano, 1996; K. KOSTOPOULOS, *Les obligations de service public dans les lignes aériennes et les aéroports en droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, 2005.; F. ROSSI DAL POZZO, *Servizi di trasporto aereo e diritti dei singoli nella disciplina comunitaria*, Milano, 2008; M. FRIGO, *Politica comunitaria dei trasporti, sicurezza e attuazione dello «spazio ferroviario europeo»*, in *DUE*, 2007, pp. 203-220.

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 settoriale²⁹.

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 europea, 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.

4. 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 e, 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 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 europeo aveva adottato un approccio negativo, individuando nella deroga alla concorrenza un mero richiamo di principio che gli Stati potevano opporre per sottrarre alla disciplina *antitrust* 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 europeo.

Le seconde direttive di "accelerazione" del mercato interno dell'energia hanno infatti segnato un accrescimento dell'importanza degli obblighi di servizio pubblico³⁰, attraverso la tipizzazione di standard minimi comuni. L'articolo 3 della direttiva 2003/54/CE definiva gli obblighi relativi al servizio pubblico, stabilendo che gli Stati membri, nel pieno rispetto dell' (allora) articolo 86 del trattato (ora art. 106 TFUE), potessero 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

²⁹ È utile sin da subito rilevare come la tassatività con la quale il legislatore europeo e gli Stati membri individuano gli obblighi di servizio pubblico ovvero delimitano 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.

³⁰ Cfr. il 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).

ambientale (incluse le misure che riguardano l'efficienza energetica e la protezione del clima). Questi obblighi dovevano 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'approvvigionamento³¹, gli Stati membri potevano attuare una programmazione a lungo termine in grado di garantire 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 consumatori³², gli Stati membri erano chiamati a provvedere affinché tutti i clienti civili potessero 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 potevano 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 creare associazioni, 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 stabilivano 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 era prevista infine per i clienti vulnerabili, cioè i clienti finali che abitano in zone isolate, imponendo che questa particolare categoria di consumatori dovesse avere adeguati meccanismi di protezione per evitare interruzioni delle forniture di energia³³.

Infine, in materia di tutela ambientale, la normativa di settore prevedeva obblighi di servizio pubblico in capo alle imprese energetiche perché venisse specificato, nella documentazione commerciale inviata ai clienti finali, la fonte energetica dalla quale era stata prodotta l'energia 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 erano state concepite allo scopo di sensibilizzare i consumatori di energia al risparmio energetico e ad un uso razionale dell'energia, nonché a sostenere la scelta di distributori che ricorrono all'utilizzo di fonti rinnovabili per la produzione di energia.

Sul piano generale, gli obblighi di servizio pubblico venivano concepiti come standard minimi di tutela, in quanto nulla vietava che gli Stati membri decidessero di imporre misure più elevate di protezione della sicurezza dell'approvvigionamento, dei diritti dei consumatori, nonché di tutela ambientale³⁴. Ai sensi dall'articolo 3, par. 7, della direttiva 2003/54/CE, gli Stati membri potevano attuare misure idonee a realizzare gli obiettivi riguardanti la coesione economica e sociale, la tutela ambientale (ivi compresa la lotta contro i cambiamenti climatici) e la sicurezza dell'approvvigionamento, anche attraverso la concessione di incentivi economici adeguati, facendo eventualmente ricorso a tutti

³¹ Cfr. l'art. 4 della direttiva 2003/54/CE. La sicurezza degli approvvigionamenti si caratterizza per essere l'obbligo di servizio pubblico più peculiare del diritto europeo dell'energia. Per comprendere la crescente preoccupazione sul piano normativo della dimensione esterna dell'energia e della connessa esigenza imperativa di tutelare la sicurezza delle forniture, bisogna tener conto del continuo aumento della dipendenza energetica dei paesi UE dai Paesi terzi produttori di combustibili fossili.

³² 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).

³³ Tra i clienti vulnerabili rientrano i consumatori che risiedono in luoghi di difficile accesso quali le zone di montagna e le isole.

³⁴ 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 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).

gli strumenti nazionali ed europei 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 doveva comunque avvenire in maniera trasparente e non discriminatoria, non potendo eccedere quanto necessario per l'adempimento degli obblighi previsti.

La terza fase del processo di liberalizzazione dei settori energetici³⁵ 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. Essa si compone di cinque atti: la Direttiva 2009/72/CE ('terza direttiva elettricità'), la Direttiva 2009/73/CE ('terza direttiva gas'), il Regolamento (CE) n. 713/2009 che istituisce un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia, il Regolamento (CE) n. 714/2009 sulle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica ed il Regolamento (CE) n. 715/2009 sulle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale. Il fine di garantire la salvaguardia di elevati livelli qualitativi di servizio pubblico nel mercato interno dell'energia è disseminato in varie disposizioni.

Ai sensi del considerando n. 46 della terza direttiva elettricità, il rispetto degli obblighi relativi al servizio pubblico è un elemento fondamentale della 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 dei consumatori, della sicurezza degli approvvigionamenti, della tutela dell'ambiente e di livelli equivalenti di concorrenza in tutti gli Stati membri.

Ne consegue che se l'interpretazione degli obblighi relativi al servizio pubblico può avvenire su base nazionale, tenendo conto di tutte le circostanze di fatto e di diritto, essa deve in ogni caso risultare compatibile con la legislazione derivante dal diritto dell'UE.

E' in particolare sotto il profilo degli obblighi posti a protezione dei consumatori ed a tutela dell'ambiente che il terzo pacchetto energetico sembra compiere i passi in avanti più rilevanti.

Infatti, la nuova normativa europea contiene una serie di diritti di cui dispongono tutti i consumatori di energia nel territorio dell'Unione europea e, all'inverso, una pluralità di obblighi che incombono sulle imprese energetiche. Tali diritti sono stati codificati nella 'Carta europea dei diritti dei consumatori di energia', un documento di informazione redatto dalla Commissione che consolida i diritti dei consumatori dell'energia in materia di contratti, tariffe, composizione delle controversie e azioni intese a ridurre le formalità burocratiche in caso di cambio del fornitore di energia. Essa ha lo scopo di informare i cittadini sui diritti previsti in loro favore, al fine di rendere effettiva la possibilità di scegliere liberamente il fornitore dell'energia. La Carta mira a rafforzare la tutela dei consumatori di energia, in qualità di contraenti deboli. Essa prevede il diritto alla connessione, il diritto di ricevere servizi regolari, prevedibili e sicuri nell'erogazione di elettricità e gas, il diritto di scegliere liberamente il fornitore con la possibilità di esercitare il recesso senza costi aggiuntivi, il diritto di ricevere informazioni trasparenti sulla fornitura di energia, le condizioni contrattuali, i prezzi e l'efficienza energetica. Con particolare riferimento alla tracciabilità dell'energia prodotta, la normativa europea impone l'obbligo in capo alle imprese energetiche di garantire l'accesso ai dati relativi al consumo dell'energia prodotta ed attribuisce un corrispondente diritto ai clienti finali di ricevere informazioni sull'origine ed il metodo di produzione dell'energia. Tali obblighi servono, da un lato, a consentire ai concorrenti di fare offerte commerciali ai consumatori e, dall'altro, a sensibilizzare i consumatori di energia ad un uso più razionale dei consumi energetici, nonché ad orientare le loro scelte in favore di distributori che ricorrono all'utilizzo di fonti rinnovabili per la produzione di energia. La Carta europea consolida 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, allo scopo di evitare misure di ritorsione da parte del fornitore precedente.

³⁵ Per un'ampia disamina delle diverse fasi della legislazione europea in materia di mercato interno dell'elettricità e del gas, con particolare riferimento alle principali novità contenute nel terzo pacchetto, si rinvia a M. MARLETTA, *Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale*, Torino, 2011, pp. 139-147.

Il rafforzamento delle 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. 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.

5. Il rapporto tra le norme settoriali sugli obblighi di servizio pubblico e l'articolo 106, par. 2, TFUE

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 106 TFUE.

Si impongono allora tre ordini di questioni: che rapporto c'è tra la normativa di settore e l'articolo 106, par. 2, TFUE? Risulta 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 disposizione tecniche in materia di energia in che modo può avere influito sull'applicazione e sull'interpretazione giurisprudenziale dell'articolo 106, par. 2, TFUE ai mercati energetici?

Il rapporto tra la disciplina di settore, contenuta nella prima direttiva elettricità, e la regola generale prevista dall'articolo 86 CE è stato affrontato dai giudici nella causa *VEMW*. La controversia trae origine da un rinvio 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 in materia di accesso alla rete.

Si trattava di stabilire se l'attribuzione prioritaria di capacità di importazione relativa all'energia elettrica³⁶ 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,³⁷ 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 limitava a fissare norme tecniche e dunque doveva essere interpretato in senso estensivo, perché costituiva una specificazione, nel settore dell'energia, del principio generale di uguaglianza. L'articolo 7 ostava dunque a provvedimenti nazionali che accordavano ad un'impresa una capacità prioritaria di trasmissione transfrontaliera di energia elettrica, perché tali provvedimenti dovevano essere autorizzati nell'ambito del procedimento speciale previsto dall'allora articolo 24 della direttiva 96/92/CE sulle deroghe transitorie³⁸.

³⁶ 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.

³⁷ 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.

³⁸ 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

Con particolare riferimento al tema del rapporto tra le fonti, la giurisprudenza aveva precisato che l'articolo 7 della direttiva recepiva e specificava il contenuto dell'articolo 86, paragrafo 2, CE per il settore 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 armonizzata nei mercati di riferimento. Se l'armonizzazione non è completa, le disposizioni tecniche della direttiva non possono fare da ostacolo all'applicazione delle regole generali del trattato; anzi, tali disposizioni specifiche devono pur sempre essere interpretate alla luce di esse. La CG aveva 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 CE (*pre-emption rule*); il ricorso all'articolo 86 CE rimaneva invece possibile in quelle materie che non erano state ancora armonizzate. Tale giurisprudenza³⁹ presupponeva che la normativa di settore fosse un'applicazione concreta della regola generale; se ciò può essere considerato plausibile in riferimento alle prime direttive, risulta meno scontato in riferimento alle direttive successive.

L'evoluzione normativa relativa ai mercati dell'energia ha infatti inciso profondamente sulla natura degli obblighi di servizio pubblico, non configurandosi più come eccezioni invocabili dagli Stati in conformità al principio di sussidiarietà, ma come norme di principio armonizzate e definite a livello europeo. In primo luogo, mentre l'articolo 106, paragrafo 2, TFUE costituisce un'eccezione, l'articolo 3 della direttiva 2009/72/CE sembra oggi 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 106, par. 2, TFUE.

Imponendo obblighi di servizio pubblico che vanno al di là di quanto previsto nel trattato, si potrebbe sostenere che la legislazione di settore possa entrare in rotta di collisione con il principio di attribuzione delle competenze ed il 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. Il rapporto tra le normative di settore e l'articolo 106, paragrafo 2, TFUE non può essere più analizzato esclusivamente sulla base del criterio di specialità, ma deve essere affrontato anche sotto il profilo della compatibilità poiché, com'è noto, una direttiva non può derogare ad alcuna indicazione fornita dalla norma di diritto primario ed al contempo le norme del trattato possono 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 dell'UE, il confronto tra l'articolo 106, paragrafo 2, TFUE 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 106 TFUE nella giurisprudenza della Corte di giustizia; dall'altro, l'inclusione della stessa giurisprudenza europea in tema di SIEG nella normativa settoriale dell'energia.

6. La giurisprudenza della CGUE 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'uguaglianza⁴⁰. Questo trend giurisprudenziale è contrastato da alcuni Stati membri⁴¹ che sono restii a concedere una nuova cessione

concessione della deroga, concludendo spesso per il rigetto della domanda di autorizzazione (solo una domanda presentata dalla Germania aveva ottenuto il parere favorevole).

³⁹ V. sentenza della Corte di giustizia dell'8 marzo 2000, in causa C-206/98, Commissione c. Belgio, in *Raccolta*, p. I-3509.

⁴⁰ 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'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali, l'accesso ai SIEG come diritto fondamentale.

⁴¹ 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.

della sovranità sul terreno dei diritti sociali e si oppongono ad un'interpretazione giurisprudenziale troppo estensiva della deroga di cui all'articolo 106, par. 2, TFUE.

In effetti, la giurisprudenza della Corte di giustizia sull'articolo 106, paragrafo 2, TFUE 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, CE, come causa di giustificazione di alcuni illeciti antitrust, con particolare riferimento alle ipotesi di abuso della posizione dominante⁴².

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 sulle 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 europee ai fallimenti dei mercati, con particolare riguardo alla prevenzione di fenomeni di 'cream skinning' per cui, in assenza di incentivi pubblici, 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. Com'è noto, 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 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 relativi alla restrizione della libera circolazione, nonché quelli relativi agli illeciti antitrust⁴³, 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 SIEG⁴⁴. 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

⁴² L'orientamento 'tradizionale' della Corte di giustizia si rinviene nelle sentenze del 30 aprile 1974, in causa C-155/73, Sacchi, in *Raccolta*, p. 409; sentenza del 18 giugno 1991, in causa C-260/89, ERT, in *Raccolta*, p. I-2925; sentenza del 23 aprile 1991, in causa C-41/90, Höfner, in *Raccolta*, p. I-1979; sentenza del 10 dicembre 1991, in causa C-179/90, Mercati convenzionali Porto di Genova, in *Raccolta*, p. I-5889.

⁴³ L'accordo di esclusiva sull'approvvigionamento di energia determina un isolamento dei mercati nazionali dell'elettricità e costituisce un'intesa vietata, ai sensi dell'art. 101, TFUE; 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'art. 102 TFUE.

⁴⁴ 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.

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 ambientale⁴⁵.

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, della terza direttiva elettricità sembri echeggiare le parole dei giudici comunitari nella sentenza *Almelo e PreussenElektra AG*.

Sempre in riferimento ai SIEG dell'energia, la CG si è trovata poco tempo dopo ad affrontare una serie di cause riunite⁴⁶ che vertevano sulla possibilità di giustificare, in base all'articolo 86, paragrafo 2, CE 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 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*⁴⁷, i giudici della Corte 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, la Corte ha

⁴⁵ 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).

⁴⁶ 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 del 23 ottobre 1997, in causa C-157/94, Commissione c. Paesi Bassi, in *Raccolta*, p. I-05699) poneva il quesito se il Governo olandese avesse violato gli articoli 28 e 31 CE 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'art. 28 CE, ovvero una forma di discriminazione all'importazione nei confronti dei concorrenti olandesi sanzionata dall'art. 31 CE. La Corte si pronunciò, dichiarando la violazione dell'art. 31 CE, senza procedere oltre in riferimento all'art. 28 CE (l'Avvocato Generale Cosmas invece ne sanzionava la violazione di entrambi gli articoli affermando che non si ponevano in contrasto anche con l'art. 28 CE e non potevano essere giustificati neanche dalla deroga ex art. 30 in materia di pubblica sicurezza). In merito all'art. 86 CE, 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 del 23 ottobre 1997, in causa C-159/94, Commissione c. Francia, in *Raccolta*, 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 CE; la Corte, ha statuito che i diritti esclusivi controversi erano in violazione dell'art. 31 CE, non reputando necessario esaminare la loro eventuale incompatibilità con gli articoli 28 e 30 CE. In merito all'art. 86 CE, 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 del 23 ottobre 1997, in causa C-158/94, Commissione c. Italia, in *Raccolta*, p. I-5789) con una statuizione di incompatibilità con l'art. 31 CE che lascia impregiudicata la questione della compatibilità con l'art. 28 CE.

Nel caso *Redesa* (sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 1997, in causa C-160/94, Commissione c. Spagna, in *Raccolta*, p. I-5851) la Corte non ha condannato la Spagna perché la normativa non conferiva diritti di esclusiva, ma attribuiva semplici poteri di coordinamento.

⁴⁷ Cfr. i punti 18 e 19 della sentenza *Campus Oil*, cit.: «Il governo ellenico ha fatto riferimento, nel presente contesto, all'art. 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'art. 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'art. 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'art. 30 del Trattato, le importazioni dagli altri Stati membri».

rinvio 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 europeo, 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 territoriale⁴⁸.

Ma un nuovo mutamento giurisprudenziale sui SIEG e la positivizzazione degli obblighi di servizio pubblico, imposta dalle direttive di seconda e terza generazione relative alla 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 comunitari⁴⁹.

La Corte di giustizia con i casi *Ferring*⁵⁰ ed *Altmark*⁵¹ ha poi segnato un nuovo orientamento sui SIEG, focalizzato sul rapporto tra l'art. 86, par. 2, CE (ora art. 106, par. 2, TFUE) e l'art. 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'art. 86, par. 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 CE non viene più utilizzato sul piano delle deroghe alla normativa antitrust, ma come strumento di indagine sulla sussistenza della nozione di aiuto di Stato⁵². 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'art. 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*⁵³, recuperando il terreno della vigilanza, sul piano

⁴⁸ 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'art. 86 CE. L'art. 16, com'è noto, è una norma programmatica, introdotta allo scopo 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 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'art. 16 del Trattato, si rinvia a L. RADICATI DI BROZOLO, *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, in *DUE*, 1998, p. 527 ss; M. ROSS, *Article 16 EC and service of general interest: from derogation to obligation*, in *ELR*, 2000, p. 22 ss.

⁴⁹ 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*, op. cit., p. 161.

⁵⁰ Corte di giustizia, sentenza del 22 novembre 2001, in causa C-53/00, *Ferring*, in *Raccolta*, p. I-9067.

⁵¹ Corte di giustizia, sentenza del 24 luglio 2003, in causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, in *Raccolta*, p. I-07747; V. anche sentenza della Corte del 21 settembre 1999, in causa C-67/96, *Albany international*, in *Raccolta*, p. I-5751.

⁵² Sulla disciplina degli aiuti di Stato nel settore dell'energia, in riferimento alla reintegrazione dei costi non recuperabili, si rinvia da ultimo alla sentenza del Tribunale dell'11 febbraio 2009, in causa T-25/07, *Iride Energia spa* in *Raccolta*, 2009, pp. 245 e ss. e la giurisprudenza ivi richiamata.

⁵³ M. MEROLA, C. MEDINA, *De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics*, in *CDE*, 2003, p. 639 ss.

della verifica delle condizioni di applicazioni perché si possa invocare la deroga di cui all'articolo 86, par. 2, CE⁵⁴. 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 antitrust non trovi applicazione; occorre, invertire l'onere probatorio e dimostrare positivamente perché, ed in che modo, l'applicazione delle regole europee sulla concorrenza renda impossibile per le imprese, in via di fatto o di diritto, l'adempimento della loro specifica missione.

D'altro canto, l'onere della prova non incombe più sulla Commissione in base a considerazioni legate al test di proporzionalità ai sensi dell'art. 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'art. 106 TFUE in un obbligo positivo, tipizzando ed armonizzando, a livello europeo, 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 tende a spostarsi dunque 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.

Tale rilievo risulta confermato, da ultimo, nella recente sentenza *Federutility*⁵⁵ in cui l'oggetto della controversia verteva sull'interpretazione delle norme contenute nella seconda direttiva gas, relativamente all'estensione degli obblighi di servizio pubblico. Più precisamente la causa traeva origine dall'intervento dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas nella definizione dei prezzi di riferimento per le forniture di gas, anche oltre il termine di apertura del mercato del gas naturale alla libera concorrenza (1 luglio 2007).

La Corte ha cercato di interpretare le norme sugli obblighi di servizio pubblico (di cui all'art. 3 della direttiva 2003/55/CE) alla luce dell'art. 106 TFUE, giungendo alla conclusione che, in linea di principio, la direttiva non osta ad un intervento pubblico nella definizione delle tariffe di riferimento per le forniture del gas, purché la normativa nazionale consenta un equilibrato contemperamento tra l'obiettivo della liberalizzazione per la realizzazione di un mercato concorrenziale e l'obiettivo di interesse economico generale costituito dalla tutela del consumatore finale, con particolare riferimento alla categoria di clienti vulnerabili meritevoli di ulteriori forme di protezione.

7. Alcune considerazioni (non) conclusive

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 continentale che predilige l'intervento pubblico nella regolazione dei SIEG, pur orientandolo alla tutela della concorrenza, ed un modello 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?)⁵⁶ 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.

⁵⁴ Com'è noto, perché si possa applicare la deroga prevista dall'art. 106, paragrafo 2 TFUE occorre che siano soddisfatte cumulativamente 4 condizioni: i) che i diritti esclusivi debbano essere stati attribuiti all'impresa perché quest'ultima persegua un obiettivo o una missione specifica; ii) che l'attribuzione dei diritti speciali o di esclusiva sia imputabile allo Stato ed avvenga per atto dell'autorità pubblica; iii) 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; iv) 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 una seria minaccia all'interesse comunitario e che tale interesse non può essere presunto, sulla base di un giudizio prognostico ovvero potenziale.

⁵⁵ Sentenza della Corte del 20 aprile 2010 in causa C- 265/08, *Federutility* c. AEEG, non ancora pubblicata.

⁵⁶ 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*, Milano, 2002, pp. 95-106.

La scelta di un modello rispetto ad un altro incide evidentemente anche sul tipo di interpretazione da riservare all'art. 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 europeo nei confronti del modello di SIEG nell'energia.

I servizi energetici sono 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 dei trattati 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'art. 106, par. 2, TFUE, così come essa è stata interpretata dalla CGUE.

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 artt. 101 e 102 TFUE, quanto piuttosto mira a controllare la corretta applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato, ex art. 107 TFUE⁵⁷.

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'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 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.

In breve, sembra facile prevedere come spetterà alla Commissione, in qualità di custode dei trattati, ed alla Corte di giustizia, in qualità di garante 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 destinate a settori nei quali l'impresa potrebbe (*rectius*: dovrebbe) operare in regime di concorrenza.

Sul piano generale, attraverso la definizione armonizzata a livello sovranazionale degli standard minimi di servizi pubblici dell'energia, il legislatore europeo comincia a fissare obiettivi di politica sociale. In attesa di una scelta sul 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

⁵⁷ 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 *DCI*, 2004, pp. 790-805; A. SINNAEVE, *State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case*, in *ES:AL Quarterly*, 2003, p. 351-363; A. FRANTINI, F. FILPO, *Verso una nuova disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato per la compensazione di oneri di servizio pubblico*, op. cit., p. 21 e ss.

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 l'adozione della 'Carta europea dei consumatori di energia' sembra voler prediligere il modello continentale, almeno rispetto ai servizi minimi di base. 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 di diritti dei cittadini europei, nella particolare qualità di utenti/consumatori di energia, alla fruizione di prestazione e servizi connessi al soddisfacimento di bisogni fondamentali.