

Il ruolo dell'Agazia per la Cooperazione tra i Regolatori dell'Energia nella *governance* e nella regolazione del settore energetico*

di Laura Ammannati**

Sommario: 1. Il contesto e gli antefatti. – 2. Il percorso dalla 'rete' all' 'agenzia-rete'. – 3. Il 'modello' ACER: rivoluzione o evoluzione? – 4. L'ACER: futuro modello per le agenzie o figura peculiare della *governance* dell'energia?

1. Il contesto e gli antefatti

La creazione dell'Agazia per la Cooperazione tra i Regolatori dell'Energia (ACER) può essere letta almeno da tre diverse angolature. La prima riguarda gli specifici obiettivi della regolazione settoriale dell'energia come il perseguimento di un più elevato grado di convergenza e di armonizzazione nella prospettiva di un efficiente mercato interno. Un'altra si riconnette alla ridefinizione della *governance* amministrativa dell'energia, quindi alla evoluzione delle forme di cooperazione costruite attraverso l'esperienza dei *fora* e dei *network* (da ultimo, l'ERGEG)¹. Un'altra ancora è quella che considera l'ACER nel quadro delle trasformazioni che interessano il modello delle "agenzie".

Se consideriamo in prima battuta proprio gli aspetti relativi alla *governance* del settore dell'energia, dobbiamo ricordare come questi si inseriscono nel più generale contesto di evoluzione della integrazione amministrativa europea.

E' noto come, a partire dall'Atto Unico Europeo e dalla conseguente espansione delle competenze comunitarie, si sia affermato un diverso modello di esercizio delle funzioni cioè quello della cosiddetta "coamministrazione"². Comunque, nel tempo, ed in particolare nel decennio successivo, sono emerse figure più complesse di collaborazione tra amministrazioni nazionali e tra queste e l'amministrazione comunitaria, ed in particolare quella definita della "integrazione decentrata". Qui l'allocatione delle competenze relative all'esecuzione di politiche comunitarie coinvolge una pluralità di soggetti nazionali, sovranazionali e, talvolta, anche a composizione mista, messi in relazione grazie a una serie di strumenti di raccordo. Questo modello, in alcuni settori, ha previsto

*Questo contributo è una rielaborazione della relazione presentata al seminario di studio organizzato dall'Università degli Studi dell'Insubria e dal Polo Interregionale di eccellenza Jean Monnet di Pavia sul tema "Le Agenzie dell'Unione Europea" a Varese il 12.11.2010. Ringrazio tutti i partecipanti per gli utili commenti ricevuti.

**Università degli Studi di Milano

¹ Il "Forum di Firenze" per l'energia elettrica era stato creato per consenso delle autorità nazionali, in particolare di Italia e Portogallo, nel 1998 e ad esso partecipavano non solo i regolatori e la Commissione, ma anche operatori di mercato e loro associazioni. Il "Forum di Madrid" per il gas è stato costituito nel 1999 sempre per consenso delle autorità e tra i partecipanti erano previsti anche rappresentanti dei governi e dei consumatori. Il CEER (*Counsel of European Energy Regulators*) è istituito per iniziativa dei regolatori nazionali nel 2000. Nel 2003 la Commissione di fatto istituzionalizza questo modello e con la decisione dell'11 novembre 2003 istituisce l'ERGEG (*European Regulatory Group Electricity and Gas*) composto dai presidenti delle autorità nazionali e da un rappresentante della Commissione.

² Sul punto, si rinvia in primo luogo a C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Cedam, Padova, 1993, p. 178 ss.

anche la costituzione di una “agenzia europea”, con ruolo e vocazioni diverse, che peraltro non rappresentava una vera e propria novità tra le figure organizzative comunitarie³.

In alcuni casi il livello di complessità del modello di integrazione è stato accresciuto dalla presenza di una nuova figura, quella della ‘rete’. La rete ha avuto, almeno in un primo momento, il prevalente obiettivo di acquisire e/o produrre informazione anche in ambiti altamente specializzati e caratterizzati da elevati livelli di rischio⁴.

Inoltre, in particolare nelle aree dove l’evoluzione del diritto comunitario aveva portato alla creazione di ‘regolatori’ nazionali, nel decennio appena trascorso sono emerse figure finalizzate a coordinare le attività dei diversi soggetti attraverso un regolare scambio di informazioni inizialmente in forma quasi spontanea. Mi riferisco, tra l’altro, ai *Fora* di Firenze e Madrid per l’energia oppure nelle telecomunicazioni al Gruppo dei Regolatori Indipendenti, l’IRG. In entrambi questi casi, come in altri⁵, il legislatore comunitario ha messo a punto il disegno di una integrazione strutturale e funzionale delle autorità nazionali di settore proprio nell’ottica di ridurre il “*regulatory gap*” cioè la persistente disomogenea applicazione da parte degli stati membri. Infatti i regolatori nazionali hanno sempre conservato un buon tasso di discrezionalità riguardo l’interpretazione delle norme comunitarie e la loro attuazione a livello regolatorio. L’emersione, nel diritto comunitario⁶, del *network* come nuova figura di cooperazione tra autorità nazionali e tra queste e la Commissione ha influenzato e posto alcuni vincoli agli stati in relazione alla scelta degli assetti organizzativi puntando verso una crescente omogeneità degli stessi regolatori⁷.

³ Si rinvia, tra l’altro, a E. CHITI – C. FRANCHINI, *L’integrazione amministrativa europea*, Il Mulino, Bologna, 2003, p.72 ss.; e in particolare sulla nascita del modello delle Agenzie, E. CHITI, “The Emergence of a Community Administration: the Case of European Agencies”, in *CML Rev.*, vol. 37, 2000, pp. 309-343. Infine una sintetica ricostruzione della evoluzione in L. MUSSELLI, “La partecipazione delle Agenzie al procedimento decisionale”, in questo vol.

⁴ Il riferimento è in particolare all’Agenzia europea dell’ambiente e all’Agenzia europea per i farmaci (EMEA, ora EMA). Nella letteratura italiana, v. di recente M. C. ALBERTON, “Il ruolo e il funzionamento delle agenzie e delle reti ambientali in Europa”, e A. SPINA, “La regolazione europea delle biotecnologie attraverso reti”, in L. AMMANNATI – P. BILANCIA, *Governance dell’economia e integrazione europea*, vol. II: *Governance multilivello regolazione e reti*, Giuffrè, Milano, p. 259 ss. e 279 ss.. Sulle agenzie dell’ambiente, v. L. CUOCOLO, “Le Agenzie per l’ambiente, tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali”, in questo vol.

⁵ Sui settori di energia e telecomunicazioni, v. F. DI PORTO, “Il coordinamento tra autorità di regolazione nella governance dell’energia e delle comunicazioni elettroniche a livello comunitario: spunti da una comparazione”, in L. Ammannati – P. Bilancia, *Governance multilivello regolazione e reti*, cit. , p. 237 ss.

⁶ Oltre alla rete ERGEG già ricordata, il Reg. 1/2003 che ridefinisce il quadro degli organismi di applicazione del diritto comunitario della concorrenza prevede l’istituzione di una rete delle autorità garanti (ECN) costituita concretamente con la Comunicazione della Commissione 101/04 del 27 aprile 2004. Riguardo la regolazione dei mercati finanziari, in base alla “procedura Lamfalussy”, al livello 3 è stata istituita una rete dei regolatori nazionali, il CESR (*Committee of European Securities Regulators*) con la decisione della Commissione 2001/527/CE infine sostituita dalla dec. 2009/176/CE. Per le telecomunicazioni l’evoluzione dell’IRG (*Independent Regulatory Group*) è stata rappresentata dall’ERG (*European Regulatory Group for electronic communications networks and service*) con la decisione della Commissione 627/2002/EC.

⁷ La letteratura sul tema dei *network* è particolarmente ampia. Per quanto riguarda gli aspetti cui si fa riferimento qui rinvio in particolare a D. COEN – M. THATCHER, “Network Governance and Multi-level Delegation: European Networks of Regulatory Agencies”, in *Jnl Publ. Pol.*, Vol. 28,I, 2008, pp. 49-71; e S. LAVRIJSEN – L. HANCHER, “Networks on Track; From European Regulatory Networks to European Regulatory ‘Network Agencies’”, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 34, 1, 2008, pp. 23-55. Nella letteratura Italiana v. di recente A. CANEPA, *Reti europee in cammino. Regolazione dell’economia informazione e tutela dei privati*, Jovene, Napoli, 2010; in precedenza su alcune delle reti settoriali, v. S. CASSESE, “Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni”, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, pp. 689-691; e mi permetto di rinviare a L. AMMANNATI, “La regolazione “cooperativa”

Se invece, come abbiamo detto all'inizio, consideriamo il tema dal punto di vista della regolazione dell'energia, l'elemento cruciale è rappresentato dal completamento del mercato interno. Infatti, trascorso ormai più di un decennio dalle prime direttive di liberalizzazione per elettricità e gas, la costruzione di un mercato, in particolare di un mercato *retail*, integrato a livello europeo e realmente concorrenziale, è ancora un progetto in divenire. L'indagine sul settore energetico condotta nel 2007 ha chiaramente mostrato che i mercati sono ancora caratterizzati da un elevato tasso di integrazione verticale e orizzontale, ma anche che esiste una ampia differenziazione riguardo il loro disegno tra gli stati membri⁸. Questo si ripercuote negativamente sull'integrazione del mercato unico⁹.

Di conseguenza l'aspetto chiave per una accelerazione della trasformazione in questa direzione resta quello dell'interconnessione e del sistema degli scambi transfrontalieri. In effetti, come alcuni commentatori hanno riconosciuto, l'assenza di una chiara base giuridica per la politica energetica nei Trattati non ha facilitato la creazione di un regolatore di livello europeo o l'attribuzione alla stessa Commissione europea di poteri rilevanti in questi ambiti¹⁰.

Diversamente, il Trattato di Lisbona (art. 194 TFUE) introduce una disciplina della politica energetica europea. Tuttavia se, per un verso, riconosce una serie di obiettivi che, per essere raggiunti, necessitano di una effettiva integrazione del mercato, per un altro, sembra rafforzare i diritti degli stati membri a definire autonomamente aspetti cruciali come quello della sicurezza degli approvvigionamenti¹¹. Questo elemento può minare in modo rilevante i fondamenti di una politica energetica comune in area europea.

In sintesi, un obiettivo chiave del cosiddetto "terzo pacchetto"¹² è rappresentato dal rafforzamento della cooperazione tra regolatori nazionali come anche tra operatori dei sistemi di trasmissione. Considerando, qui, esclusivamente il primo aspetto, la costruzione dell'ACER esprime il tentativo

del mercato interno dell'energia e l'organizzazione comune tra i regolatori europei dell'energia elettrica e del gas", in L. AMMANNATI, *Monopolio e regolazione pro concorrenziale nella disciplina dell'energia*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 363-384.

⁸ Sulla rilevanza di una attenta considerazione del disegno dei mercati negli stati membri e con riguardo al mercato interno europeo, v. J-M. GLACHANT – F. LEVEQUE, "The electricity internal market in the European Union; what to do next?", in J-M. GLACHANT – F. LEVEQUE (EDS), *Electricity Reform in Europe: Towards a Single Energy Market*, E. Elgar, Cheltenham, 2009, p. 4 ss.

⁹ DG Competition, *Report on Energy Sector Inquiry*, SEC (2006) 1724 final del 10 gennaio 2007.

¹⁰ L. HANCHER – A. DE HAUTECLOQUE, "Manufacturing the EU Energy Markets: the Current Dynamics of Regulatory Practice", in Tilburg University, *TILEC Discussion Paper*, January 2010 (<http://ssrn.com/abstract=1539901>).

¹¹ L'art. 194, 1 afferma che "Nel quadro dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno e tenendo conto dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente, la politica dell'Unione nel settore dell'energia è intesa, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, a: a) garantire il funzionamento del mercato dell'energia, b) garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione, c) promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili, d) promuovere l'interconnessione delle reti energetiche".

Il c. 2 sostiene poi che "Fatte salve le altre disposizioni dei trattati, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure necessarie per conseguire gli obiettivi di cui al pf 1. Tali misure sono adottate previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni. Esse 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...".

¹² Il "terzo pacchetto energia" è composto da 2 Direttive (2009/72/EC per l'energia elettrica e 2009/73/EC per il gas), da 2 regolamenti (CE) n. 714/2009 e 715/2009 rispettivamente per energia elettrica e gas e infine da un regolamento (CE) 713/2009, che istituisce l'Agenzia per la Cooperazione tra i Regolatori dell'Energia (ACER).

di rafforzare e rendere più efficace la regolazione a livello europeo attraverso una nuova forma di cooperazione tra regolatori nazionali¹³.

2. Il percorso dalla 'rete' all' 'agenzia-rete'

Dal quadro appena delineato, è evidente come le due figure organizzative di riferimento per il nuovo soggetto europeo di regolazione dell'energia, quella del *network* e quella dell'Agenzia, si collochino nella generale evoluzione dei modelli di integrazione amministrativa a livello comunitario.

Tuttavia gli elementi di continuità non debbono farci sottovalutare gli importanti aspetti di discontinuità con i modelli di riferimento ed in particolare con quello delle agenzie europee.

Infatti, per un verso l'ACER si presenta come una "forma evoluta" della regolazione "cooperativa", che ha interessato alcuni dei servizi a rete, e quindi si inserisce in un percorso di sviluppo dei *network*. Per contro, se considerata dal punto di vista delle trasformazioni del modello delle agenzie, essa presenta caratteri di indubbia originalità. Le differenze più evidenti riguardano la struttura, e cioè la sua costruzione come "*network agency*" o, altrimenti detto, come "*networked agency*", e la sua posizione nel nuovo sistema di *governance* dell'energia caratterizzata da una chiara indipendenza rispetto al livello politico nazionale e alla Commissione.

Nell'*Explanatory memorandum* che introduceva la proposta della Commissione europea riguardo il "terzo pacchetto energia" e nella proposta di regolamento per la costituzione dell'Agenzia questa veniva definita come un meccanismo indipendente per la cooperazione degli organismi di regolazione nazionali, evidenziandone la continuità rispetto all'opzione "EREGG +" introdotta dalla Commissione nel documento del 2007 su "Una politica energetica per l'Europa"¹⁴.

L'oggetto cruciale di questa necessaria cooperazione rafforzata è rappresentato, come abbiamo detto poco sopra, dal sistema degli scambi transfrontalieri. Infatti la stessa Commissione rilevava che, nonostante il pur considerevole sviluppo del mercato interno, non era stato superato il *gap* regolatorio relativo alle reti transfrontaliere.

Nel tempo la rimozione degli ostacoli connessi all'interscambio tra i mercati nazionali era stato un obiettivo importante di forme di auto-regolazione come i 'fora' di Firenze e di Madrid che si proponevano di rafforzare la cooperazione tra tutti gli *stakeholders* del settore energetico.

Successivamente lo stesso gruppo dei regolatori istituzionalizzato dalla Commissione, il Gruppo dei regolatori europei dell'energia elettrica e gas (EREGG), si è confrontato con questo problema senza riuscire pienamente a sviluppare standard ed approcci condivisi necessari per una effettiva realizzazione di scambi commerciali *cross-border* e per lo sviluppo di mercati regionali nell'ottica di consolidare un solido mercato interno dell'energia.

Le difficoltà operative dell'EREGG hanno avuto origine anche dalla sua struttura organizzativa fondata sull'accordo di 27 regolatori e su quello conseguente di oltre 30 Gestori dei sistemi di trasmissione. In effetti il processo di "convergenza graduale" ha avuto come esito la definizione di una serie di codici di rete (*grid codes*) a carattere non vincolante con la chiara conseguenza che le regole tecniche (codici di trasmissione e dispacciamento) utilizzate dagli operatori elettrici

¹³ Su questi temi si rinvia tra l'altro alla *Relazione* che accompagna la *Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce una Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia*, presentata dalla Commissione, Bruxelles, 19.9.2007 (COM(2007) 530 def).

¹⁴ *Una politica energetica per l'Europa*, Comunicazione della Commissione al Consiglio europeo e al Parlamento (COM(2007) 1 del 10 gennaio 2007).

differiscono in modo significativo tra i vari stati membri e, talvolta, all'interno di uno stesso stato. La possibilità di integrare i mercati energetici all'interno dell'UE presuppone, dapprima, una convergenza e, successivamente, una armonizzazione di questi codici.

Nonostante questa prima e faticosa fase di liberalizzazione del mercato dell'energia, il blocco degli scambi transfrontalieri non ha consentito di raggiungere un livello significativo di concorrenza. Appariva quindi inevitabile cercare uno strumento per favorire un definitivo processo di effettiva convergenza e armonizzazione.

Pertanto la complessità della regolazione energetica e l'elevato grado di *expertise* necessaria portava la Commissione a ritenere che solo un organismo di diretta emanazione dei regolatori nazionali, ritenuti i migliori depositari di tali caratteristiche, sarebbe stato in grado di catalizzare tutte le risorse necessarie a perseguire questi obiettivi. Ed inoltre, proprio in quest'ottica, si doveva puntare sui caratteri di indipendenza e terzietà rispetto alla Commissione e ai governi degli stati membri.

Il progetto di creare una rete più "potente" di regolatori nazionali dell'energia trovava un modello di riferimento già in essere rappresentato dalle reti delle autorità di tutela della concorrenza (ECN). Tuttavia la sua trasposizione nel settore dell'energia avrebbe richiesto l'attribuzione di poteri autonomi alla Commissione in quanto, allo stato attuale, dispone di tali poteri solo per quanto riguarda le norme sulla concorrenza. Anche il modello del sistema delle banche centrali europee avrebbe potuto essere applicato ma al tempo mancava una qualsiasi base giuridica nei Trattati.

Quindi accanto al progetto di fare delle autorità di regolazione nazionali dei regolatori 'forti', nella architettura della *governance* dell'energia vengono delineati i contorni di un nuovo organismo che, per un verso, si rifà all'esperienza delle agenzie e, per un altro, assume come elemento centrale della propria struttura organizzativa la rete dei regolatori nazionali.

Allora, in sintesi, potremmo affermare che, dal punto di vista strettamente organizzativo, l'ACER si presenta come un ibrido nato da una evoluzione del modello dell'agenzia europea e da una ridefinizione delle capacità di intervento del *network*.

In questo quadro non possiamo trascurare un altro elemento di rilievo, e cioè che l'attività dei *network* non si manifestava in via di principio in decisioni a carattere vincolante. Tuttavia, in alcuni casi, tale attività poteva indirettamente avere effetti giuridici e influire sulla estensione della sfera giuridica degli *stakeholders*. In effetti, a seconda del tipo di competenza esercitata dalla rete, può non essere trascurabile il grado di influenza che è esercitato sui soggetti del mercato regolato sia attraverso le autorità nazionali che attraverso la Commissione.

Le reti europee hanno, in linea generale, un importante ruolo consultivo nei confronti della Commissione che può adottare il parere (non vincolante) espresso dalla rete utilizzandolo come base dei propri atti regolatori. Oppure il parere può essere introdotto in una 'procedura di comitologia' e, a seguito dell'approvazione da parte del corrispondente Comitato, può essere incorporato in decisioni vincolanti¹⁵. Inoltre effetti giuridici possono derivare anche dall'utilizzo diretto o indiretto delle posizioni espresse dalle reti all'interno delle decisioni dei regolatori nazionali (anche se non esiste alcun vincolo per questi di adeguarsi alla regolazione comunitaria).

¹⁵ V. l'esempio (riportato in S. LAVRIJSEN – L. HANCHER, "European Regulators in the Network Sectors: Revolution or Evolution?", in Tilburg University, *TILEC Discussion Paper*, June 2008, p. 9) di un parere ERGEG relativo ad un emendamento alle *guidelines* per la gestione delle congestioni. Su richiesta della Commissione e dopo una ampia consultazione con gli *stakeholders*, ERGEG pubblicò ufficialmente il parere nel 2005. La Commissione fece proprie le raccomandazioni dell'ERGEG e sottopose la proposta alla procedura di comitologia chiedendo il parere del Comitato che approvò la proposta all'unanimità. Le *guidelines* furono allora inviate al Parlamento che non sollevò obiezioni e quindi la Commissione da allora ha potuto adottare le *guidelines* (decisione 2006/770/CE del 9.11.2006 che emendava il Reg. 1228/2003).

Il punto che la regolazione non vincolante formulata dalla rete abbia la possibilità, anche se indirettamente, di modificare o limitare la sfera giuridica dei soggetti operanti sul mercato porta in primo piano la questione della responsabilità intesa come obbligo di dare conto delle azioni compiute (la cosiddetta *accountability*).

Riguardo il profilo di quella che può essere definita come responsabilità politica sembra ormai opinione ampiamente acquisita nella letteratura che il *deficit* di legittimazione democratica possa essere superato attraverso forme nuove di legittimazione "procedurale" e di ampia trasparenza¹⁶.

Più complessa appare, invece, come abbiamo appena visto, la questione della "*legal accountability*" perché collegata al riconoscimento e alla tutela dei diritti dei soggetti interessati dalle attività delle reti¹⁷.

La scelta di collocare la rete nell' 'involucro' formale dell'agenzia sembra rispondere anche alla necessità di rendere giustiziabili gli atti e di rafforzare la tutela dei diritti soprattutto in quanto il nuovo organismo doveva avere il potere di adottare decisioni individuali (di regolazione tecnica) vincolanti nei confronti di terzi.

Sul versante della responsabilità politica, da intendere come controllo *ex post* da parte delle istituzioni europee, in futuro il punto veramente cruciale sarà quello del bilanciamento tra indipendenza e responsabilità, laddove alcune forme di controllo anche indiretto possono minare l'indipendenza dell'Agenzia¹⁸.

3. Il 'modello' ACER: rivoluzione o evoluzione?

3.1. La configurazione dell'Agenzia

Considerata dal punto di vista dei suoi compiti e attribuzioni l'ACER si colloca nel tradizionale quadro comunitario delle Agenzie di regolazione¹⁹. Nondimeno presenta alcune caratteristiche

¹⁶ In particolare, v. M. BOVENS, "Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework", in *European Law Journal*, vol. 13, n. 4, 2007, pp. 447-468; sulla formazione di forme di legittimazione "procedurale", v. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 154 ss.

¹⁷ Sulla mancanza di chiarezza sugli effetti giuridici della attività delle reti e sul fatto che il tema della tutela nei confronti dei loro atti sia posizionato in una zona grigia (v. anche il fatto che gli atti delle reti non soddisfano le condizioni di ammissibilità dei ricorsi alla Corte di Giustizia europea come definiti dall'art. 263 TFUE), v. tra l'altro P. LAROCHE – M. DE VISSER, "Key Institutional Issues and Possible Scenario's for the Review of Electronic Communications Network", TILEC Discussion Paper 2005-032; S. LAVRIJSSEN – L. HANCHER, "Networks on Track, cit.; C. HARLOW – R. RAWLINGS, "Promoting Accountability in Multilevel Governance: A Network approach", in *European Law J.*, 2007, 4, pp. 542-562; Y. PAPADOPOULOS, "Problems of Democratic Accountability in Network and Multilevel Governance", in *European Law J.*, vol. 13, 4, 2007, pp. 469-486.

Sul fatto che il controllo non dovrebbe essere limitato alla sola misura finale assunta da una istituzione ma dovrebbe essere esteso anche alla attività della rete stessa laddove abbia un ruolo determinante nel definire il contenuto della decisione assunta dal soggetto titolare di tale potere, v. A. CANEPA, *Reti europee in cammino*, cit., p. 247 ss.

¹⁸ Sul punto v. D. CURTIN, "Delegation to EU non-majoritarian Agencies and Emerging Practices of Public Accountability", in D. Geradin, *Regulation through Agencies: a New Paradigm of European Governance*, E. Elgar, Cheltenham, 2005, p.88 ss; inoltre M. BUSUIOC, "Accountability, Control and Independence. The Case of European Agencies", in *European Law J.*, vol. 15, 2009, p. 599 ss.

¹⁹ L'inquadramento delle agenzie di regolazione appare chiaramente fin dalla comunicazione della Commissione del 2002 (COM(2002) 718 del 11 dicembre 2002 : "Inquadramento delle agenzie europee di regolazione") che sviluppa il progetto del "libro bianco sulla governance europea" (COM(2001) 428 del 25 luglio 2001) dove il ricorso a queste agenzie era considerato uno strumento per migliorare l'attuazione delle politiche e della normativa europea. Qui sono definite come organismi che partecipano effettivamente all'esercizio della funzione esecutiva differenziandole così

innovative. Certamente questo modello non appare, fin da una prima osservazione, rivoluzionario. Tuttavia non si presenta neppure come un banale rimaneggiamento del disegno tradizionale. Possiamo considerare ora più in dettaglio alcuni aspetti che meglio di altri caratterizzano l'agenzia del settore energetico.

Innanzitutto, l'indipendenza politica dell'Agenzia, che si riflette e impone il rafforzamento di quella dei regolatori nazionali, si aggiunge al connotato dell'indipendenza riguardo le valutazioni scientifiche e dall'industria di riferimento. Così, anche se solo da questo punto di vista, le agenzie di regolazione sono avvicinate al modello delle autorità indipendenti.

In secondo luogo, la rimodulazione della rete come "*network agency*", in quanto 'involucro' che ricomprende in sé la rete dei regolatori nazionali, rappresenta una nuova fase nell'esperienza delle regolazioni settoriali dal momento che dà spazio ad un regolatore comunitario in cui confluiscono le voci degli stessi organismi degli stati membri.

Inoltre, il sistema costruito intorno all'agenzia è strutturato su un diverso disegno di cooperazione e presenta una articolazione organizzativa che potremmo definire '*multi-level*' riguardo l'attribuzione di poteri e responsabilità tra Commissione, agenzia, stati membri e autorità nazionali di regolazione che acquisiscono maggiori competenze nell'applicazione delle norme comunitarie.

E ancora, possiamo evidenziare altre differenze rispetto al modello tradizionale delle Agenzie dal punto di vista dei profili organizzativi. Diversamente da quanto affermato nella proposta di "accordo interistituzionale" del 2005, nel Consiglio di amministrazione, come vedremo meglio, non è prevista la rappresentanza degli stati membri, mentre è stata garantita la partecipazione di membri designati dal parlamento (e non in rappresentanza del) accanto a componenti designati dalla Commissione e dal Consiglio²⁰.

In più, in conseguenza del fatto che l'Agenzia può adottare decisioni individuali, quando previste dalle normative comunitarie, su questioni tecniche che possono incidere sulle situazioni giuridiche dei terzi è stata introdotta una Commissione di appello. Di fronte ad essa tutti i soggetti – privati ed anche i regolatori nazionali – possono presentare ricorso avverso qualsiasi decisione nei loro confronti oppure che li possa riguardare direttamente anche se indirizzata ad altri. Nei confronti di qualsiasi decisione della Commissione è possibile un successivo ricorso al Tribunale o alla Corte di Giustizia²¹.

3.2. La qualificazione dell'indipendenza

In considerazione del 'deficit di indipendenza' delle agenzie di più risalente costituzione l'evoluzione della specie aveva condotto parte della dottrina ad auspicare che anche

dalle agenzie esecutive incaricate di svolgere compiti di mera gestione. Gli ambiti principali di attività sono quelli riconducibili ad un ruolo consultivo e preparatorio anche se è prevista la possibilità di riconoscere poteri decisionali propri ma non a carattere normativo e discrezionale o di regolazione generale (il riferimento è ai vincoli posti dalla c.d. "dottrina Meroni" su cui torneremo più avanti). Il progetto di dare un inquadramento omogeneo a questo tipo di agenzie aveva portato alla elaborazione da parte della Commissione di un "Progetto di accordo interistituzionale relativo all'inquadramento delle agenzie europee di regolazione" (COM(2005)59 del 25 febbraio 2005) in quanto se ne lamentava l'incerta natura e l'eccessiva differenziazione. A seguito del mancato successo di questo progetto la Commissione ha elaborato un documento forse meno ambizioso ma che ritorna sul tema di un approccio comune delle istituzioni comunitarie riguardo le agenzie di regolazione (COM(2008)323 del 11 marzo 2008 : "European Agencies – The way forward").

²⁰ Art. 12,1, reg. (CE) 713/2009.

²¹ Art. 18 del reg. cit. relativo alla Commissione ricorsi e v. anche i successivi artt. 19 e 20 in materia di ricorsi e successive impugnazioni.

nell'ordinamento europeo si procedesse alla costituzione di vere autorità indipendenti. Le agenzie di più recente formazione avrebbero dovuto rappresentare almeno un passo in questa direzione.

In realtà, come esplicitamente previsto in numerosi regolamenti istitutivi, quando si fa riferimento all'indipendenza si intende in linea generale l'indipendenza di valutazione scientifica.

Per contro, il carattere di una effettiva indipendenza dal potere politico ha connotato diversi assetti organizzativi a livello europeo. Quello emblematico per definizione è rappresentato dal sistema europeo delle banche centrali (SEBC) coordinato dalla BCE, dove né questa, né le banche centrali nazionali possono richiedere o accettare istruzioni da organi politici di qualsiasi livello²².

Considerando il settore dell'energia, a seguito delle direttive cosiddette di "seconda generazione" che prevedevano la costituzione di autorità o organismi nazionali indipendenti²³, anche la formazione dell'ERGEG presupponeva alcuni indici di indipendenza: la composizione che si faceva forza della natura dei regolatori nazionali (in qualche caso caratterizzati da indipendenza politica) e le modalità di scelta del presidente eletto al proprio interno dai rappresentanti degli stessi regolatori.

Occorre dire che, come espresso chiaramente nelle direttive, in questo caso l'indipendenza si declinava come indipendenza dai regolati, cioè dall'industria, e non tanto dal potere politico. Solo in alcuni casi gli stati membri avevano, in modo del tutto autonomo, costruito il regolatore come soggetto con un certo grado di indipendenza anche rispetto ai governi, come dimostra il caso dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas costituita nel 1995, quindi ancor prima delle direttive citate, in Italia.

In più, riguardo all'ERGEG, non venivano espressamente riconosciuti margini di indipendenza nei confronti della Commissione.

Solo le direttive in materia di energia dell'ultima generazione fanno esplicito riferimento al fatto che gli stati membri debbono garantire che i regolatori nazionali, oltre ad essere indipendenti dagli interessi presenti nei mercati regolati, non siano destinatari di alcun tipo di istruzioni o indicazioni provenienti dai governi o da altri organi politici²⁴.

Questo ovviamente non esclude, da un lato, che le linee di politica generale del settore energetico siano definite dai governi a patto che non interferiscano con gli specifici poteri di regolazione e, dall'altro, che siano previste forme di sindacato giurisdizionale o di controllo parlamentare sugli stessi regolatori.²⁵

In parallelo anche l'indipendenza dell'ACER deve essere garantita non solo nei confronti dei produttori di energia elettrica e di gas, dei gestori dei sistemi di trasmissione e distribuzione pubblici o privati e dei consumatori. Ma i suoi organi di vertice, ed in particolare il Consiglio di amministrazione deve agire "in modo indipendente" e non deve richiedere o accettare "istruzioni politiche". Ugualmente il comitato dei regolatori deve agire "in piena autonomia" rispetto agli interessi presenti sul mercato così come evitare conflitti di interesse. Ma, ed è questo l'elemento di rilevante novità, non deve "chiedere né ricevere istruzioni e non accettare raccomandazioni da parte del governo di uno stato membro, dalla Commissione o da un altro soggetto pubblico o privato"²⁶.

²² Sul punto tra l'altro E. MONACI, "Banca centrale europea e sistema europeo delle banche centrali: attori della *governance* comunitaria", in L. AMMANNATI – P. BILANCIA, *Governance multilivello regolazione e reti*, cit., pp.221 – 235.

²³ V. direttive 2003/54/CE (art. 23) per energia elettrica e 2003/55/CE (art. 25) per il gas.

²⁴ Art. 34, 4 e 5 della dir. energia elettrica e artt. 40 e 41 della dir. gas.

²⁵ Su questo punto, in particolare E. BRUTI LIBERATI, "La regolazione dei mercati energetici tra l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e il governo", in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2009, pp. 435 – 475.

²⁶ Regolamento (CE) n. 713/2009, cit., considerando 6, 17 e 18.

Quindi è evidente come, rispetto ai modelli di agenzia presenti nel contesto comunitario, con l'ACER sembra realizzarsi una importante trasformazione rivendicandone l'indipendenza non solo nei confronti dei governi nazionali (ugualmente richiesta anche per i regolatori degli stati membri) ma anche della Commissione.

3.3. La governance interna

Per quanto riguarda la *governance* interna, l'ACER si adegua in buona parte ai principi contenuti nella proposta di accordo interistituzionale del 2005 ed è basata su quattro diversi organismi, vale a dire il Consiglio di amministrazione, il Direttore, un organo di coordinamento tra autorità nazionali competenti e una Commissione di ricorso.

Comunque, anche dal punto di vista della sua struttura interna, l'Agenzia è espressione di una dualità tra la collocazione ad un livello superiore come ulteriore evoluzione del modello europeo di agenzia e il suo essere una ri-configurazione della rete di cooperazione tra organismi nazionali.

A questo punto possiamo considerare brevemente la tipologia e la struttura degli organi.

Il Consiglio di Amministrazione, composto da 9 membri, di cui 2 designati dalla Commissione, 2 dal Parlamento e 5 dal Consiglio, resta in carica per 4 anni con 1 solo rinnovo. Il presidente è eletto tra i membri designati²⁷. Questo tipo di composizione supera il tradizionale sistema della rappresentanza dei governi nazionali e della Commissione. E' comunque evidente che, anche dopo l'assegnazione di due seggi al Parlamento, questo organo resta sotto l'influenza del Consiglio. Come anticipato poco sopra, anche il Consiglio di amministrazione si caratterizza per il fatto di non "sollecitare né accettare alcuna istruzione politica" e la sua indipendenza sembra rafforzata anche dalle modalità della sua designazione²⁸. Tra l'altro il Consiglio di amministrazione nomina il direttore a seguito di parere favorevole espresso dal Comitato dei regolatori. Adotta il programma di lavoro annuale preventivamente approvato dal Comitato dei regolatori così come il programma pluriennale che può anche essere rivisto su iniziativa dello stesso Consiglio²⁹ e infine prepara la relazione annuale sull'attività da inviare alle istituzioni comunitarie. Elabora il bilancio dell'Agenzia che è comunque finanziato sul bilancio europeo ed approvato insieme ad esso³⁰.

Il Comitato dei regolatori è formato dai rappresentanti delle autorità nazionali di regolazione e da un rappresentante della Commissione senza diritto di voto. Delibera a maggioranza di 2/3 dei membri presenti. Come è stato evidenziato poco sopra, il Comitato "agisce in piena autonomia, senza chiedere né accettare istruzioni da parte dei governi degli stati membri, dalla Commissione o da altro soggetto pubblico o privato"³¹. Partecipa a vario titolo alle attività connesse all'esercizio dei poteri di regolazione.

Il Direttore rappresenta il potere esecutivo ed è nominato dal Consiglio di amministrazione su parere del Comitato dei regolatori in base ad un elenco di almeno tre candidati proposto dalla Commissione europea a seguito di un invito pubblico. Anche il Direttore agisce in completa indipendenza nei confronti degli organi politici e adotta gli atti a rilevanza esterna di natura regolatoria come pareri, raccomandazioni o decisioni soltanto in seguito al parere favorevole espresso dal Comitato dei regolatori.

²⁷ Regolamento (CE) 713/2009, art. 12, 1 e 2.

²⁸ Regolamento (CE) 713/2009, art. 12,7.

²⁹ V. ACER, *2011 Work Programme*, 21 settembre 2010.

³⁰ Regolamento (CE) 713/2009, artt. 13,7 e 21-24.

³¹ Regolamento (CE) 713/2009, art. 14, 5.

La Commissione dei ricorsi è composta da sei membri selezionati tra soggetti con un'esperienza a vario titolo nel settore della regolazione dell'energia, formalmente nominata dal Consiglio di amministrazione ma su proposta della Commissione europea. Le decisioni sono adottate a maggioranza qualificata dei 2/3 dei componenti. Come è stato evidenziato da varie parti, la Commissione ricorsi ha un potere incontrastato in quanto è svincolata da ogni rapporto o intervento degli altri organi dell'Agenzia che può intervenire ma solo a richiesta e con il vincolo di rispettare la decisione della Commissione stessa³². Nei confronti delle sue decisioni può essere presentato ricorso di fronte alle corti europee (Tribunale e Corte di Giustizia) ma, in considerazione della natura e della qualità delle competenze dell'ACER si può ipotizzare che la Commissione ricorsi rappresenti in futuro l'organismo di riferimento, se non l'unico, deputato a risolvere le controversie.

3.4. Il ruolo dell'Agenzia nella *governance* dell'energia

Come dichiarato espressamente nel regolamento istitutivo, "lo scopo dell'Agenzia è quello di assistere le autorità di regolamentazione [...] nell'esercizio a livello comunitario delle funzioni di regolamentazione svolte negli stati membri e, se necessario, coordina l'azione"³³.

Quindi, in linea generale, i principali obiettivi riguardano la definizione di un contesto funzionale a intensificare la cooperazione tra i regolatori nazionali e a partecipare, su base di reciprocità, all'esercizio di funzioni a livello comunitario, all'integrazione a livello europeo delle attività finalizzate al superamento del gap regolatorio relativo agli scambi *cross-border* e al raggiungimento di un più elevato grado di certezza delle misure regolatorie.

La posizione effettiva dell'Agenzia nel sistema di *governance* dell'energia deve essere valutata alla luce delle sue competenze in rapporto agli altri soggetti coinvolti, cioè in particolare i regolatori nazionali, la Commissione e gli stati membri.

Passando ad esaminare più in dettaglio le competenze dell'Agenzia può essere utile rilevare, fin da subito, che la tipologia prevalente degli atti è costituita da pareri e raccomandazioni. Le decisioni individuali rappresentano una tipologia residuale. Infatti l'ACER esercita un ruolo consultivo nei confronti dei Gestori dei Sistemi di Trasmissione, delle autorità nazionali, della Commissione e delle altre istituzioni comunitarie ed anche attività di monitoraggio per conto della Commissione.

Pareri e raccomandazioni, oltre a garantire più elevati livelli di coordinamento, possono contribuire alla diffusione di "*good practices*" e alla attuazione del piano decennale di sviluppo della rete a livello comunitario (non vincolante) e al monitoraggio delle attività affidate alla Rete Europea dei Gestori dei Sistemi di Trasmissione (REGST)³⁴.

Una delle principali aree di attività dell'ACER riguarda il monitoraggio dei gestori dei sistemi di trasmissione e delle forme di cooperazione a livello regionale o comunitario attraverso la struttura rappresentata dalle REGST (energia elettrica e gas). Questi nuovi organismi dovrebbero essere costituiti con l'obiettivo di unificare e istituzionalizzare, attraverso lo strumento della partecipazione obbligatoria, le reti già esistenti di gestori dei sistemi di trasmissione.

In concreto l'Agenzia fornisce alla Commissione un parere su aspetti relativi alla costituzione delle Reti (composizione, progetto di statuto e di regolamento interno)³⁵ così come sul programma di

³² Regolamento (CE) 713/2009, artt. 18 e 19, 5.

³³ Regolamento (CE) 713/2009, art. 1,2.

³⁴ Le REGST per l'energia elettrica e il gas esistono già in quanto sono state costituite su base volontaria: la prima alla fine del 2008 e la seconda nel settembre 2009.

³⁵ Regolamento (CE) 713/2009, art. 6, 1; Regolamenti (CE) 714 e 715/2009, art. 5.

lavoro annuale delle REGST³⁶ e, a richiesta della Commissione, sulla certificazione dei gestori dei sistemi di trasmissione da parte delle autorità nazionali di regolazione³⁷.

Ancora l'Agenzia è competente a fornire un parere sul progetto decennale di sviluppo delle reti che tende a introdurre una visione di lungo termine riguardo un aspetto cruciale come quello delle reti europee e della capacità di interconnessione.

Come si esprime lo stesso regolamento, l'ACER "partecipa allo sviluppo dei codici di rete"³⁸. A questo fine le sue competenze riguardano l'obbligo di sottoporre alla Commissione un 'orientamento quadro' non vincolante che fissi principi chiari e obiettivi per l'elaborazione dei codici di rete³⁹ allo scopo di contribuire alla integrazione del mercato, ad un trattamento non discriminatorio, alla concorrenza effettiva e al funzionamento efficiente del mercato stesso⁴⁰. Entro 12 mesi, le REGST debbono presentare il codice di rete, sul quale l'ACER esprime un parere motivato di conformità agli orientamenti quadro, e può raccomandarne l'adozione da parte della Commissione⁴¹.

Inoltre all'ACER spetta il compito di monitorare l'attuazione dei codici di rete o dei piani di sviluppo della rete a livello comunitario. In caso di incongruenze, può formulare raccomandazioni ai gestori, alle autorità nazionali e alle istituzioni comunitarie.

A questo punto, ad una prima osservazione, è evidente che sono accresciuti in modo considerevole i poteri della Commissione di adottare misure vincolanti relative a questioni caratterizzate come *cross-border* quali la definizione di codici di rete transfrontalieri o la certificazione dei gestori dei sistemi di trasmissione, mentre il ruolo dell'ACER in questi ambiti è prevalentemente consultivo.

³⁶ Regolamento (CE) 713/2009 art. 6, 3 b) e 4; Regolamento (CE) 714/2009, art. 8, 2 e 3; Regolamento (CE) 715/2009, art. 9, 2.

³⁷ Art. 3 dei Reg. 714/09 e Reg. 715/2009; v. inoltre le dir. 72/09/CE (art. 10) e 73/09/CE (art.11) dove è disciplinata la procedura di approvazione e di certificazione dei gestori dei sistemi di trasmissione che deve essere notificata alla Commissione che, a sua volta, esprime il suo parere alla competente autorità nazionale che in caso positivo adotta la decisione finale.

³⁸ Regolamento (CE) 713/2009, art. 6, 4.

³⁹ Questo documento di 'orientamento quadro' è elaborato entro un termine di 6 mesi dall'ACER dopo che la Commissione ha definito una serie di priorità annuali da includere nella elaborazione dei codici di rete previa consultazione della stessa Agenzia, della REGST e di altre parti interessate (reg 714/09 e 715/09, art. 6,1 e 2).

⁴⁰ Da rilevare che se la Commissione ritiene inadeguato il documento dell'Agenzia può chiederne un riesame e se questo non viene presentato nel tempo indicato può elaborare essa stessa l'orientamento quadro (Reg. 714/09, art. 6, 4 e 5).

⁴¹ Regolamento (CE) 713/2009, art. 6, 4 (e Reg. 714, 6, 6-9 e Reg. 715/2009, art. 7,1). Nel caso che la REGST non elabori un codice di rete entro il tempo indicato la Commissione può chiedere all'Agenzia di elaborare un progetto o può essa stessa elaborare un progetto dopo aver consultato l'Agenzia (art. 6, 10-11).

Va ricordato peraltro che la Commissione ottiene l'approvazione del codice di rete come atto vincolante attraverso la 'procedura di regolazione' definita dalla decisione del Consiglio (1999/468/CE) sull'esercizio delle competenze di esecuzione della Commissione (la cd "comitologia") che prevedeva che la Commissione fosse assistita da un comitato di rappresentanti degli stati membri. Nel caso della procedura di regolazione (art. 5) la Commissione doveva presentare la proposta al Consiglio solo in caso di disaccordo del comitato. Nel qual caso il parlamento deve essere informato e deve dare un parere al Consiglio che decide a maggioranza qualificata sulla proposta. In ogni caso il comitato di comitologia non può modificare la sostanza della proposta e necessita di una maggioranza di 2/3 per rigettarla. Una volta approvati dal comitato, i codici di rete sono allegati alla regolazione.

A seguito del Trattato di Lisbona si è proceduto ad un adeguamento delle competenze delegate (art. 290 TFUE) e di esecuzione della Commissione (art. 291). Per queste ultime il regolamento (Reg. UE n. 182 del 16.2.2011) entrato in vigore il 1° marzo fa riferimento al 'sistema comitologia', ma il Consiglio non potrà intervenire come istanza di appello. Inoltre in mancanza di una maggioranza qualificata nel Comitato contro o a favore di un progetto di atto della Commissione, questa potrà decidere se adottarlo o riesaminarlo.

Una seconda importante area di attività riguarda i rapporti dell'Agazia con le autorità nazionali di regolazione. Anche in questo contesto le funzioni prevalenti sono consultive e di monitoraggio. In particolare un obiettivo prioritario è rappresentato dalla promozione della cooperazione fra le autorità di regolazione e tra queste e il livello comunitario. In più, se a questo scopo l'Agazia ritiene necessarie norme vincolanti può presentare le opportune raccomandazioni alla Commissione⁴², così come può formulare raccomandazioni finalizzate ad assistere i regolatori nazionali e gli operatori del mercato nello scambio di buone prassi.

Inoltre, formula pareri alla Commissione oppure ai regolatori nazionali (su loro richiesta) sulla adozione di decisioni vincolanti e sulla conformità di una decisione, presa nell'esercizio dei loro poteri da parte degli stessi regolatori nazionali, con la normativa di riferimento. Attraverso questo sistema di *peer-review* esercita una pressione informale sulle autorità nazionali in vista di un migliore coordinamento nella applicazione del diritto comunitario. Nel caso in cui il regolatore non si conformi al suo parere, l'Agazia informa la Commissione e lo stato interessato. Tuttavia non sono previsti meccanismi di *enforcement* vincolanti⁴³.

L'ACER esercita comunque poteri autonomi riguardo l'adozione di decisioni individuali, quindi con interventi sugli operatori di mercato, riguardo questioni tecniche come previsto dal "terzo pacchetto". Decide sulla regolamentazione delle infrastrutture transfrontaliere, riguardo alle condizioni di accesso e di sicurezza operativa, ed in particolare sulle procedure e i tempi di assegnazione delle capacità e la ripartizione delle entrate derivanti dalla congestione. Tale competenza viene esercitata solo su richiesta congiunta delle autorità nazionali di regolazione o in caso di mancato accordo dopo un periodo di sei mesi⁴⁴.

Sempre in rapporto alle autorità nazionali e su specifica richiesta, l'Agazia può essere consultata riguardo il piano decennale di investimenti dei gestori delle reti di trasmissione in particolare riguardo la coerenza tra questi e il piano di sviluppo della rete a livello comunitario⁴⁵.

Inoltre all'Agazia è stato attribuito anche il potere di decidere in materia di deroghe al principio dell'obbligo di accesso (il c.d. *Third Party Access*) in caso di nuove infrastrutture, sempre a seguito di richiesta congiunta da parte delle autorità nazionali o di mancato accordo tra quelle interessate. Come è stato osservato, l'ACER rappresenta, anche per questo aspetto, un foro ulteriore per la risoluzione delle controversie tra autorità nazionali anche se, all'interno dell'Agazia, la competenza a decidere spetta di fatto allo stesso Comitato dei regolatori⁴⁶. Questa competenza rileva proprio in quanto richiede un bilanciamento tra l'interesse ad assicurare un adeguato livello di concorrenza nel breve periodo e la tutela di un sufficiente livello di investimenti necessario a incrementare la concorrenza nel lungo periodo.

Riguardo le esenzioni il "terzo pacchetto" ha completamente modificato l'allocatione delle competenze che prima spettavano ad ogni autorità nazionale in rapporto al territorio di propria competenza. Ora gli stati e le relative autorità debbono cooperare e trovare un terreno comune. Comunque, anche quando tutte le autorità abbiano raggiunto una decisione comune, o questa sia

⁴² Regolamento (CE) 713/2009, art. 7, 2 e 3. La Commissione può rendere vincolanti queste raccomandazioni attraverso la 'procedura di regolazione'.

⁴³ Regolamento (CE) 713/2009, art. 7, 4-6.

⁴⁴ Regolamento (CE) 713/2009, art. 7,1 e art. 8. Riguardo le situazioni in cui l'Agazia può decidere le condizioni di accesso alle infrastrutture transfrontaliere e di sicurezza operativa la Commissione può adottare *guidelines* a completamento del regolamento seguendo la 'procedura di regolazione'.

⁴⁵ Art. 22,5, dir. 72 e 73/2009.

⁴⁶ L. HANCHER – A. DE HAUTECLOCQUE, "Manufacturing the EU Energy Markets", cit., p. 6.

stata conseguita all'interno dell'Agenzia, la Commissione può richiedere di modificare o imporre l'annullamento della decisione di concedere l'esenzione⁴⁷.

Dal quadro appena delineato emerge che l'ACER esercita competenze con un limitato tasso di discrezionalità in quanto i suoi poteri decisionali sono riconducibili ad un'area di regolazione tecnica. D'altra parte non dispone di alcun effettivo potere decisionale né nei confronti dei gestori dei sistemi di trasmissione né nei confronti dei regolatori nazionali.

In questa prospettiva, almeno sulla carta, l'ACER non rappresenta una cesura nel quadro regolatorio dell'energia, quanto piuttosto una positiva evoluzione degli obiettivi di cooperazione e integrazione del *network* ERGEG grazie alla istituzionalizzazione e al riconoscimento nella normativa comunitaria di una base legale per le sue attività⁴⁸.

Peraltro il peso effettivo dell'Agenzia non è definibile *ex ante* in quanto dipenderà in gran parte dalle relazioni che si potranno instaurare tra Agenzia e Commissione. Infatti l'Agenzia partecipa alla definizione di atti rilevanti di regolazione in particolare attraverso la proposizione di *guidelines* non vincolanti alla Commissione anche se su richiesta di questa stessa⁴⁹. Tali atti possono essere classificati come atti di *soft law* che, come noto, non sono vincolanti ma per i quali, in caso di non adeguamento e assenso alle indicazioni, è richiesta una motivazione⁵⁰.

4. L'ACER: futuro modello per le agenzie o figura peculiare della *governance* dell'energia?

La ricostruzione del sistema dell'energia, che è stata delineata nelle pagine precedenti, mostra l'elevata complessità e tecnicità della regolazione in questo settore. L'articolazione delle disposizioni del "terzo pacchetto" ne è prova evidente. Altrettanto complesse risultano le relazioni tra i diversi soggetti soprattutto perché in parte la definizione e l'organizzazione delle procedure è ancora incompleta ed in ogni caso dovranno essere messe alla prova nella pratica.

Cercando, a questo punto di trarre alcune considerazioni dal quadro delineato, possiamo partire dalla constatazione che l'ACER si trova al centro di una struttura e di un sistema di allocazione di competenze che la pone in rapporto, da una parte, con la Commissione e, dall'altra, con le autorità nazionali di regolazione che, peraltro, sono presenti anche al suo interno.

Consideriamo innanzitutto le relazioni tra l'Agenzia e la Commissione.

L'esercizio della funzione di regolazione nel settore dell'energia prevede rilevanti poteri della Commissione che svolge eminentemente un ruolo di regolatore sovranazionale nel senso che essa, qui come altrove, esprime il punto di vista comunitario anche se con i limiti derivati dalle "procedure di comitologia" necessarie all'esercizio dei poteri delegati⁵¹.

⁴⁷ V. art. 17 del reg. 714/2009 dove è tra l'altro previsto che la Commissione secondo la 'procedura di regolazione' (comitologia) possa adottare delle *guidelines* relative alla procedura di decisione in materia di esenzioni (punto 9); v. anche l'art. 9 del reg. 713/2009 e l'art. 36, 4 della dir. 2009/73/CE.

⁴⁸ P. Craig, "Shared Administration and Networks: Global and EU Perspectives", in *Legal Research Paper Series*, University of Oxford, n. 6/2009 (<http://ssrn.com/abstract=1333557>).

⁴⁹ Reg. (CE) 713/2009, art. 6, 4; e art. 6, 2 e 9 dei reg. 714 e 715/2009.

⁵⁰ Sul punto, v. L. MUSSELLI, in questo vol.

⁵¹ Del sistema comunemente noto come 'comitologia' esistono in letteratura interpretazioni diverse. In sintesi, la prima vede in questo meccanismo una sorta di "forum" dove esperti si incontrano e discutono per trovare le soluzioni migliori o più efficienti per la definizione delle politiche pubbliche. La seconda, invece, descrive la comitologia come un meccanismo imposto dagli stati membri per controllare l'esercizio delle competenze di esecuzione della Commissione. Quindi i comitati forniscono una "arena" per una vasta negoziazione tra governi in merito alle modalità di attuazione del diritto derivato. Sulla prima, v. ad esempio C. JOERGHEs – J. NEYER, "From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Process: the Constitutionalization of Comitology", in *European Law Journal*, vol. 3, 1997, pp.

La Commissione, almeno sulla carta, è collocata al centro delle diverse procedure di regolazione e dispone in molti casi della possibilità di impartire e far rispettare gli "orientamenti" previsti in applicazione della normativa comunitaria agli altri attori sia di livello comunitario che nazionali. Di fronte a situazioni di mancato adeguamento, in particolare da parte dei regolatori nazionali, la Commissione può imporre perfino la revoca della decisione⁵².

L'ACER, come più volte rilevato, si configura come un soggetto ad alta specializzazione tecnica e i suoi poteri decisionali sono strettamente limitati a decisioni individuali relative ad aspetti di regolazione tecnica, mentre non le sono riconosciuti poteri di regolazione generale.

Su questo punto, in generale, la letteratura osserva come sia integralmente rispettata la cosiddetta "dottrina Meroni"⁵³ in quanto fondamento delle limitazioni relative alle caratteristiche e alle competenze delle agenzie. Secondo tale orientamento la creazione di uffici con personalità giuridica può trovare una base legale nel Trattato solo per quanto sia necessario a realizzare obiettivi relativi a poteri delle istituzioni comunitarie e che comunque non implicano una delegazione di poteri con rilevanti margini di discrezionalità.

Seguendo questi principi il processo di 'agenzificazione' si è sviluppato nel quadro della "dottrina Meroni"⁵⁴.

Se questo è considerato il fondamento giuridico generale per la tipologia di poteri attribuiti all'Agenzia, tuttavia è stata ipotizzata un'altra lettura che considera determinanti, per questo esito, gli interessi propri dei diversi attori protagonisti del sistema di regolazione, con una particolare attenzione alle relazioni tra Commissione, autorità di regolazione nazionali e stati.

Secondo questa prospettiva, la Commissione, rifacendosi alle raccomandazioni presentate dalla stessa rete, aveva prospettato alcune possibili opzioni per incrementare la convergenza della regolazione. In primo luogo estendere i propri poteri di controllo nei confronti delle autorità

273- 299; e R. DEHOUSSE, "Comitology: Who watches the Watchmen?", in *Journal of European Public Policy*, vol. 10, 2003, pp. 798 -813; Sulla seconda interpretazione, v. M. A. POLLACK, *The Engines of European Integration*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 114- 146. Su questo dibattito v. ancora M. EVERSON – CH. JOERGHEES, "Re-conceptualising Europeanisation as a public law of collisions: comitology, agencies and interactive public adjudication", in H. HOFMANN - A. H. TUERK (eds), *EU Administrative Governance*, E. Elgar, Cheltenham, 2006, pp. 524 – 528; e di recente J. BLOM-HANSEN – G. J. BRANDSMA, "The EU Comitology System: Intergovernmental Bargaining and Deliberative Supranationalism?", in *JCMS*, vol. 47, n° 4, 2009, pp. 719 -740. Più in generale nella letteratura Italiana, v. M. SAVINO, *I Comitati dell'Unione Europea. La collegialità amministrativa negli ordinamenti compositi*, Giuffrè, Milano, 2005.

⁵² Art. 39, Dir.2009/72/CE e art. 43 Dir. 2009/73/CE.

⁵³ Il riferimento, come noto, è al caso 9/56, *Meroni & Industrie Metallurgiche SpA v High Authority of the European Coal and Steel Community*. Il punto di vista ivi contenuto è stato più volte invocato dalla Commissione per difendere un approccio restrittivo riguardo la delegazione di poteri di poteri discrezionali alle agenzie indipendenti. Infatti il punto è che questo tipo di delegazione potrebbe minare l'equilibrio dei poteri tra le istituzioni comunitarie. Sull'uso dei principi contenuti nel caso Meroni nella definizione delle agenzie di regolazione e in particolare dell'ACER, v. S. LAVRIJSEN – L. HANCHER, "Networks on Track", p. 38. Una diversa lettura riguardo la costituzione delle agenzie e i poteri ad esse affidati è ipotizzata da E. Chiti che suggerisce la possibilità, in alcuni casi, di ricondurli nell'area dei 'poteri impliciti' e, inoltre, rileva come la tradizionale interpretazione del principio dell'equilibrio istituzionale sia stato contestata dalla stessa Corte di Giustizia che ne ha evidenziato i caratteri di staticità (E. CHITI, "An Important part of the EU's Institutional Machinery: Features, Problems and Perspectives of European Agencies", in *CMLR*, vol. 46, 2009, p. 1422).

⁵⁴ Come espresso nella comunicazione del 2008 la Commissione sostiene la presenza di "chiari e rigorosi limiti riguardo l'attribuzione di poteri autonomi alle agenzie di regolazione nell'attuale ordinamento giuridico comunitario. Alle agenzie non può essere riconosciuto il potere di adottare misure di regolazione generale. Esse sono limitate a prendere decisioni individuali in aree specifiche dove sia richiesta una definita *expertise* tecnica".

nazionali, oppure creare un regolatore indipendente o, ancora, rafforzare il ruolo e i poteri della rete esistente. Di fronte a queste alternative, le autorità e gli stati nazionali fecero opposizione verso le prime due prevalentemente perché temevano di perdere parte dei loro poteri a favore della Commissione o del regolatore europeo. Nello stesso tempo gli stati membri si opponevano anche al rafforzamento dei poteri e dell'indipendenza delle autorità. Soltanto l'ultima alternativa riscuoteva un relativo successo e quindi l'esito fu quello detto inizialmente dell' "European network plus"⁵⁵.

In effetti, se la continuità con la tradizione delle agenzie di regolazione, pur nella loro eterogeneità, costituisce sicuramente una interessante griglia interpretativa, dobbiamo tuttavia rilevare che nelle proposte sul "pacchetto energia" è mancato ogni riferimento a questo aspetto.

Passiamo adesso a fare qualche considerazione sulle relazioni tra Agenzia e autorità nazionali di regolazione.

Come osservato in precedenza, l'ACER dà voce alle autorità nazionali e, allo stesso tempo, la sua indipendenza rafforza la loro posizione e le capacità di attuazione delle norme europee. La presenza delle autorità nazionali al suo interno ci rinvia ad un modello di relazioni di tipo orizzontale. Tuttavia, in alcuni casi, l'ACER sembra imporre alle autorità nazionali la necessaria omogeneizzazione dei rispettivi atti di regolazione attraverso un modello di cooperazione verticalmente imposto⁵⁶.

D'altra parte queste due diverse relazioni tra Agenzia, Commissione e stati nazionali sono, allo stato attuale, ancora disegnate secondo linee molto generali. L'evoluzione e il consolidamento sarà conseguenza dell'effettivo funzionamento dei vari soggetti e delle concrete dinamiche.

Tra l'altro, alcune importanti procedure debbono essere meglio definite come, ad esempio, quella di "joint cooperation" tra autorità nazionali di regolazione e ACER nei casi in cui quest'ultima è competente a prendere una decisione finale. Così come sembra debba essere ulteriormente raffinata la procedura per l'adozione dei codici di rete che si configura come complessa e incerta nel disegno legislativo⁵⁷.

In conclusione è evidente che l'ACER non si presenta come una 'autorità' europea di regolazione e, allo stato attuale della configurazione del sistema, non assisteremo ad una trasformazione del bozzolo in farfalla.

Ciò che resta da capire è se questa ridefinizione del disegno di *governance* dell'energia riuscirà produrre una maggiore omogeneità tra le regolazioni nazionali.

Su questo punto si confrontano posizioni più o meno ottimistiche. Da parte di alcuni commentatori si sostiene che, nonostante le incertezze, il "terzo pacchetto" centri l'obiettivo di superare la disomogeneità e la frammentazione delle regolazioni amministrative degli stati e di rafforzare le autorità nazionali nei confronti degli stati membri. Quindi che il modello regolatorio dell'energia sia ormai conformato a livello comunitario e che in sostanza che si assista ad una "europeizzazione" della politica energetica⁵⁸.

Sull'altro fronte si sostiene, invece, che la regolazione europea resta ancora debole. Sarebbe, perciò, erroneo ritenere che il nuovo modello si muova nella direzione di una effettiva centralizzazione dei poteri⁵⁹.

⁵⁵ A questo proposito, v. L. HANCHER – A. DE HAUTECLOCQUE, "Manufacturing the EU Energy Markets", cit., p.7.

⁵⁶ Sul punto v. E. BRUTI LIBERATI, "La nuova *governance* europea dei mercati energetici", in Osservatorio sulla regolazione amministrativa, *La regolazione dei mercati energetici nel 'terzo pacchetto' comunitario*, Milano, Vita e Pensiero, 2010, p. 64.

⁵⁷ L. HANCHER – A. DE HAUTECLOCQUE, "Manufacturing the EU Energy Markets", cit., pp. 7-8.

⁵⁸ In particolare, E. BRUTI LIBERATI, "La nuova *governance* europea dei mercati energetici", cit., p. 66.

⁵⁹ Sul punto, esplicitamente, L. HANCHER – A. DE HAUTECLOCQUE, "Manufacturing the EU Energy Markets", cit., p.8.

In effetti, dal quadro delineato sembra emergere che la creazione dell'Agencia riflette le difficoltà della Commissione a muoversi in un così complesso contesto di regolazione e che, di conseguenza, per le sue decisioni dovrà fare riferimento sia ai regolatori nazionali che ai gestori dei sistemi di trasmissione.

Potremmo chiederci a questo punto se l'ACER non rappresenti uno strumento di raccordo tra Commissione e autorità nazionali e quindi si configuri come strumento per attrarre queste ultime nell'area di influenza della Commissione. Peraltro dobbiamo ricordare che la scelta, in parte obbligata, di istituzionalizzare l'ERGEG all'interno dell'ACER è stata la diretta conseguenza del fatto che la Commissione non poteva fare a meno dell'*expertise* consolidata nella rete.

Di conseguenza, se accettiamo questo punto di vista, l'ACER può non rappresentare il braccio armato della Commissione e, nel medio lungo periodo, proprio per il suo ruolo tecnico e per le specificità del settore dell'energia, potrebbe assumere un ruolo per diversi aspetti determinante nel sistema.

La costruzione delle forme di interazione con gli altri organismi e con le REGST rappresenta per l'ACER un importante banco di prova che deve accompagnarsi alla capacità di costruire, nello svolgimento dei suoi compiti, adeguate modalità di consultazione⁶⁰ con i diversi *stakeholders* a cominciare dagli operatori e dai soggetti partecipanti al mercato fino ai gestori dei sistemi di trasmissione ed ai consumatori e agli utenti finali includendo, e non da ultimo, le autorità di tutela della concorrenza.

⁶⁰ Regolamento (CE) 713/2009, art. 10, 1.