

L'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico (Aeegsi) e la regolazione delle attività liberalizzate

di Luca Di Donato

SOMMARIO: 1. Introduzione: la regolazione delle attività liberalizzate. - 2. Il Consiglio di Stato sul potere regolatorio dell'Aeegsi. - 2.1. *Il Consiglio di Stato sulla determinazione dei prezzi di riferimento nel settore del gas naturale.* - 3. Poteri impliciti e principio di legalità: una questione ancora aperta?

1. Introduzione: la regolazione delle attività liberalizzate.

Il tema dei poteri regolatori esercitati dalle Autorità amministrative indipendenti¹ e nel caso di specie dall'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico (di seguito: "Aeegsi" o "Autorità") ha suscitato un notevole interesse sia in dottrina sia in giurisprudenza². Come è noto, la legge istitutiva dell'Autorità (l. n. 481/1995) non

¹ Per un approfondimento sulle Autorità amministrative indipendenti, vedi M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, II° edizione, Torino, Giappichelli Editore, 2013, 93. «Due sono i principali tratti

caratterizzanti delle amministrazioni pubbliche denominate autorità indipendenti: l'elevata *expertise* tecnica e l'estraneità sostanziale rispetto all'indirizzo politico e al controllo dell'esecutivo». Vedi anche la recente Indagine sulle Autorità amministrative indipendenti, svolta presso la Commissione affari costituzionali, della Camera dei deputati, Doc. XVII, n. 17, 2012, 24 in cui si afferma che: «[...] le autorità indipendenti si caratterizzano, rispetto ai modelli ordinari di amministrazione, per particolari e specifici profili: da una parte, la loro indipendenza li sottrae al rapporto di subordinazione sussistente tra tutte le amministrazioni statali ed il Governo, interrompendo, di fatto, per i settori ad esse affidati, il rapporto di responsabilità, inteso in senso stretto, che lega il Governo al Parlamento, dall'altra parte, essendo chiamate a svolgere funzioni di normazione, di vigilanza e, in taluni casi, di risoluzione di controversie, derogano al principio di separazione tra i poteri, su cui si fonda l'ordinamento costituzionale italiano, in base al quale le funzioni normative, amministrative e giurisdizionali sono esercitate da apparati distinti».

² In merito al dibattito relativo alle Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento italiano, vedi A. PAJNO, *Quali prospettive per le autorità indipendenti?*, in *Astrid.eu*, n. 101, 2009, 1-2. Fra i motivi che hanno caratterizzato il dibattito vi sono: «la difficoltà del passaggio, nel nostro paese, ad un diverso rapporto tra stato e mercato, la cronica incapacità del sistema italiano di far fronte alle esigenze poste dalla regolazione, anche in conseguenza dell'intrapresa dei processi di privatizzazione, le perplessità, in diversi ambiti suscitati, circa la delega di rilevanti funzioni regolative (o anche di garanzia) ad autorità non previste dalle norme costituzionali, con i conseguenti problemi legati alla legittimazione delle medesime autorità ad alla possibile configurazione di un loro statuto». Sulla poteri conferiti alle Autorità amministrative indipendenti, vedi V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Astrid-online.it*, n. 19, 2009, 4. «[...] il quadro dei poteri normativi delle Aai, qui limitato a quelle preposte alla regolazione di mercati (ma altrettanto ricco, come è noto, è quello di altre autorità, e tra tutte, del Garante per la protezione dei dati personali), è assai ricco; come si desume dalla legislazione vigente (di fonte nazionale e comunitaria), variegata di

ha fornito un'indicazione precisa circa gli interessi pubblici che quest'ultima deve perseguire, che in alcuni casi sembrano essere confliggenti tra loro, né una disciplina organica degli strumenti a disposizione per raggiungere tali finalità e né, infine, un elenco tassativo di obblighi e divieti in capo agli operatori e utenti finali³.

A tal proposito, sembra manifestarsi l'incapacità del legislatore, soprattutto in settori caratterizzati da una rapida evoluzione tecnologica e di mercato (come quello del settore energetico e del gas), di stabilire un sistema di regole certo e ben definito. In tal senso, si è espressa anche la giurisprudenza amministrativa, secondo la quale la legge istitutiva dell'Autorità si può considerare come un «programma legislativo aperto, una legge d'indirizzo che poggia su prognosi incerte, rinvii in bianco all'esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti indeterminati che spetta all'Autorità concretizzare»⁴.

La maggior parte degli autori ha individuato una serie di motivi - dal carattere indeterminato delle finalità da raggiungere (pluralismo, efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, risparmio e altri) alla tecnicità elevata degli interventi - per i quali la legislazione in materia si è limitata ad assegnare all'Autorità competenze di carattere generale e a conferire poteri che «vanno ben oltre la mera esecuzione ed integrazione delle disposizioni di legge»⁵. In questo modo, all'Autorità è stato attribuito un ampio margine di discrezionalità, tale «da configurare delle vere e proprie deleghe in bianco»⁶.

Di qui, si rileva la questione di individuare fino a che punto il principio di legalità (inteso anche nella sua portata meramente formale) possa ritenersi non più rispettato e, viceversa, fino a che punto possa estendersi il criterio della strumentalità o dell'implicito⁷. Tale questione, la cui soluzione sembra doversi ricercare caso per

previsioni, a volte esplicite (nel senso dell'attribuzione di poteri normativi, anche nella nomenclatura); a volte reticenti; a volte strutturate attraverso norme a contenuto specifico e puntuale, in altri casi del tutto generiche fino a configurarsi come mere attribuzioni di potere».

³ Cfr. F. SCLAFANI, L. ZANETTINI, *L'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas*, in G. P. CIRILLO, R. CHIEPPA (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, Wolters Kluwer, 2010, 413 ss.

⁴ Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827.

⁵ Cfr. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, Fasc. 4, Giuffrè, Milano, 2007, 703-777.

⁶ Cfr. P. CARETTI, *Introduzione*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti, 2003-2004*, Torino, 2004, XV. Sulla crisi della legge e la delega "in bianco" di poteri normativi e amministrativi, vedi M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in Convegno su "Le Autorità amministrative indipendenti" in memoria di Vincenzo Caianiello, Roma, Palazzo Spada, 9 maggio 2003, 4. «La crisi della legge si manifesta in modo particolarmente evidente nel caso delle Autorità indipendenti, visto che esse sono state istituite per regolare fenomeni e settori di attività soggetti a una evoluzione tecnologica e di mercato rapidissima, tale da rendere estremamente difficile, se non addirittura impossibile, al legislatore il compito di porre una disciplina completa, immune dal rischio di una rapida obsolescenza».

⁷ G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 703. Sulla questione del fondamento dei poteri di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti, vedi N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti*, in Treccani on-line, 2014, 11. «La concentrazione dei poteri che si realizza nel modello delle autorità amministrative indipendenti, dalle attività di polizia e inquisizione alle attività di regolazione normativa, attuative e sanzionatorie e la latitudine dei poteri normativi assegnati alle autorità senza prescrizioni contenutistiche quanto al loro esercizio trovano ragione in ineludibili esigenze di funzionalità, nella *ratio* stessa della regolazione indipendente. Da tempo, del resto, il principio di separazione dei poteri ha perso capacità ordinante e l'applicazione rigida di esso è stata abbandonata in tutti gli ordinamenti, mentre si è affermata la

caso, si fa ancora più stringente con riguardo ai poteri dell'Autorità, soprattutto in relazione alle attività liberalizzate e aperte alla concorrenza.

Come è stato sostenuto, in primo luogo l'Autorità si è spinta ad esercitare i propri poteri regolatori anche nei segmenti di mercato formalmente liberalizzati, ma ancora non effettivamente concorrenziali. In secondo luogo, con l'obiettivo di contrastare la posizione dominante di alcuni operatori⁸, l'Aeegsi ha elaborato forme di regolazione asimmetrica, stabilendo limiti al potere di mercato dell'operatore dominante o predeterminando i prezzi di riferimento del gas, a tutela dei consumatori. Ciò, sebbene in assenza di una esplicita previsione normativa⁹. In particolare, il giudice dovrà valutare, caso per caso, la legittimità dei c.d. poteri impliciti¹⁰, «ovvero di poteri che pur non espressamente previsti dalla legge, possono in qualche modo essere desunti dalle finalità assegnate all'Aeegsi dal legislatore, in particolare quella consistente nella promozione della concorrenza»¹¹. Nel caso di specie, il giudice dovrà esaminare se l'esercizio del potere dell'Autorità di determinare delle soglie di riferimento dei prezzi sia compatibile, o debba subire un arretramento, a seguito della liberalizzazione dei mercati dell'energia e del gas – liberalizzazione prevista sia dalla normativa comunitaria sia da quella nazionale¹².

convinzione che la sostanza del valore della legalità è fatta salva qualora l'azione amministrativa sia ampiamente determinata da regole poste previamente ed il giudice possa esercitare su di essa un sindacato penetrante». Sui poteri impliciti la letteratura è molto ampia, vedi R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Giurisprudenza amministrativa 2009. Guida ragionata per la prova scritta dell'esame di avvocato e magistrato ordinario*, Milano, Giuffrè Editore, 2009, 7. «I poteri impliciti sono i poteri non esplicitamente contemplati da una norma. Con questa locuzione si intende riferire anche alle fattispecie in cui il potere è previsto ma non ne viene determinato il contenuto». Vedi anche M. IMPINNA, *I poteri di regolazione dell'Aeeg. L'autonomia contrattuale e i poteri impliciti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2014, 169 ss. «La teoria dei poteri impliciti, in altri termini, si interroga sulla possibilità di riconoscere agli organi preposti alla regolazione non solo i poteri espressamente attribuiti dalla legge, ma anche quelli che siano strumentali al raggiungimento dei fini istituzionali assegnati».

⁸ Si pensi agli ex-enti pubblici economici dell'energia elettrica e del gas, quali Eni, Enel e altri.

⁹ F. SCLAFANI, L. ZANETTINI, *L'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas*, cit., 408. In questo senso, vedi Commissione Europea, COM(2006) 841 def., *Prospettive del mercato interno del gas e dell'elettricità*, 22, la quale ha evidenziato come: «una regolamentazione ben mirata dei prezzi può essere necessaria per tutelare i consumatori in determinate circostanze, per esempio durante il periodo di transizione alla concorrenza effettiva».

¹⁰ Vedi *supra*, note 7.

¹¹ G. P. CIRILLO, R. CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 415. Vedi anche F. SCLAFANI, L. ZANETTINI, *L'autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Astrid-online.it*, 24. «[...] le decisioni del Giudice amministrativo sulla regolazione dell'energia si sono prevalentemente concentrate sul rispetto del principio di legalità essendo ricorrente la contestazione del fondamento legislativo del potere esercitato dall'Aeeg».

¹² Per un approfondimento sulle riforme di liberalizzazione in materia di energia e gas, vedi M. D'ALBERTI, *Amministrazione e mercato*, in FORMEZ (a cura di), *Innovazione amministrativa e crescita*, FORMEZ, 2008, 23. «Sono state relativamente caute le direttive in materia di energia elettrica e di gas: esse hanno previsto una liberalizzazione graduale della domanda e hanno consentito maggiori aperture per la costruzione di nuovi impianti di produzione e per l'accesso alle infrastrutture». Per un approfondimento sul processo di liberalizzazione e sulle sue criticità, vedi B. G. MATTARELLA, A. NATALINI, *Introduzione*, in B. G. MATTARELLA, A. NATALINI (a cura di), *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Firenze, Passigli Editore, 2013, 20. «Il problema della liberalizzazione, quindi, non è semplicemente quello di eliminare regole e procedure, ma di verificare la loro utilità, di trovare il giusto equilibrio tra la libertà di iniziativa economica e la tutela degli interessi che possono essere minacciati dalle attività d'impresa, di mantenere le restrizioni alla concorrenza funzionali all'interesse generale e non a quelli delle categorie professionali».

2. La sentenza del Consiglio di Stato sul potere regolatorio dell'Aeegsi.

Con la delibera n. 248/04¹³, l'Aeegsi ha previsto delle c.d. "clausole di salvaguardia" dei prezzi legate all'andamento dei costi dei prodotti petroliferi in modo tale da attenuarne l'incidenza, in assenza delle quali si determinerebbe «una sovraremunerazione per gli operatori che acquistano all'estero gas naturale che rivendono al mercato italiano, a danno dei clienti finali»¹⁴. Al fine di evitare tale sovraremunerazione per gli operatori che acquistano all'estero gas naturale e più in generale per rispondere alle nuove condizioni del mercato¹⁵, l'Aeegsi ha così introdotto una clausola di salvaguardia che limita al 75% l'aumento dei prezzi, qualora il costo dei prodotti petroliferi superi una soglia di riferimento¹⁶. Ha stabilito, inoltre, che tale meccanismo si applichi anche ai contratti di compravendita all'ingrosso del gas che non prevedono clausole di aggiornamento o di revisione prezzi in caso di modifica della disciplina di aggiornamento delle condizioni economiche di fornitura.

La società Worldenergy ha impugnato il provvedimento dell'Aeegsi (la delibera n. 248/04) davanti al Tar Lombardia, chiedendone l'annullamento per violazione di legge ed eccesso di potere. Con la sentenza n. 3726 del 2005¹⁷, il Tar Lombardia ha accolto il ricorso e annullato l'atto impugnato per insussistenza del potere esercitato dall'Aeegsi, nonché per carenza e difetto di istruttoria. L'Aeegsi ha poi impugnato la sentenza del Tar Lombardia, presentando appello al Consiglio di Stato, il quale si è pronunciato sulla legittimità della delibera n. 248/2004¹⁸, sospendendo l'esecutività della sentenza impugnata¹⁹.

¹³ Aeeg, delibera 29 dicembre 2004 recante "Modalità di aggiornamento della componente materia prima delle condizioni economiche di fornitura del gas naturale e revisione del corrispettivo variabile relativo alla commercializzazione all'ingrosso".

¹⁴ Vedi il Considerando della delibera n. 248/2004 e il documento per la consultazione del 30 novembre 2004 in cui si esplicano le finalità della delibera posta a consultazione, 6: «Le modifiche che si intendono assumere rispondono all'esigenza di minimizzare l'impatto inflazionistico, tutelare il consumatore nel rispetto dell'equilibrio economico e finanziario delle imprese e promuovere comportamenti efficienti, riflettendo il mutato andamento del mercato».

¹⁵ Il documento per la consultazione del 30 novembre 2004 riporta alcune condizioni del mercato che hanno richiesto una modifica (integrazione) della disciplina, 6. «I criteri di aggiornamento sopra esposti sono stati adottati in rispondenza alla situazione di mercato esistente alla data di adozione del provvedimento. Negli ultimi anni tuttavia le condizioni di approvvigionamento della materia prima sui mercati internazionali hanno subito mutamenti, per effetto dei cambiamenti strutturali e normativi intervenuti nel settore, quali: l'implementazione delle direttive europee 98/30/CE e 2003/55/CE, l'ingresso nel mercato di nuovi operatori, lo sviluppo di mercati centralizzati del gas nel contesto comunitario, nonché la progressiva rimozione, su iniziativa della Commissione europea, delle clausole di destinazione territoriale nei contratti di approvvigionamento, che consente di scegliere liberamente il mercato di vendita del gas naturale in tutta Europa. Inoltre, rispetto alle condizioni di mercato esistenti nel 2002, risulta profondamente cambiato lo scenario di riferimento per i prezzi energetici, passati da valori medi del Brent di 24\$/barile del novembre 2002 ai circa 50 \$/barile dell'ottobre 2004».

¹⁶ Stimato in un intervallo compreso tra 20-35 dollari al barile, secondo il prezzo del Brent.

¹⁷ Tar Lombardia, sez. IV, 2005, n. 3726.

¹⁸ Consiglio di Stato, sez. VI, 27 aprile 2011, n. 2463.

¹⁹ Sul punto, alcuni autori hanno affermato che le misure cautelari, naturalmente provvisorie ed interinali, rischiano di determinare incertezza ed instabilità, vedi S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Milano, Giappichelli Editore, 2013, 55. «Esiti del genere si sono registrati allorché il

Nel merito, il Collegio ha rilevato innanzitutto la fondatezza dei poteri di regolazione dell'Autorità, i quali sono orientati a promuovere la concorrenza e a tutelare gli utenti finale nella fase delicata di transizione al mercato liberalizzato²⁰. In tal senso, sembra opportuno richiamare il complesso normativo in materia: la legge fondamentale n. 481/1995; il d.lgs. n. 164/2000 che ha previsto una clausola di riserva secondo cui «le attività di importazione, esportazione, trasporto e dispacciamento, distribuzione e vendita di gas naturale, in qualunque sua forma e comunque utilizzato, sono libere», ma «nei limiti delle disposizioni del presente decreto»; il d-l n. 193/2002 che ha disposto la revisione del meccanismo di indicizzazione delle tariffe per la fornitura del gas naturale ai clienti finali del mercato vincolato, al fine di evitare che il passaggio al mercato libero, prevista dall'1 gennaio 2003 determinasse spinte inflazionistiche. Dunque, il Consiglio di Stato ha ritenuto che – contrariamente a quanto rilevato dal Tar Lombardia – sussista il potere dell'Autorità di regolare le attività liberalizzate, di cui all'art. 1, lettera a), co. 2, della l. n. 239/2004.

L'Aeegs è titolare di poteri di regolazione anche nei settori liberalizzati, affinché siano salvaguardate le dinamiche concorrenziali, a tutela dell'utenza. Infatti, come ribadito nel giudizio di appello, «la liberalizzazione di un mercato non comporta automaticamente il passaggio ad una situazione di concorrenza, la cui promozione rientra tra le competenze dell'Autorità, fin quando essa ritenga che il mercato non sia idoneo alla formazione corretta dei prezzi in una reale competizione»²¹. Confermando una ormai consolidata giurisprudenza sul tema²², il Collegio ha sottolineato che «proprio nella fase iniziale del processo complessivo di

giudice amministrativo ha deciso in via cautelare di sospendere, “a termine”, un aggiornamento “tariffario” dell'AEEG, fino alla definizione dei giudizi d'appello sull'atto presupposto».

²⁰ Tar Lombardia, Sez. IV, 25 novembre 2011, n. 7361 «[...] ciò che rileva, ai fini della decisione, sono le particolari condizioni caratterizzanti il mercato del gas ed adottate a sostegno della legittimità dell'intervento regolatorio [...]. La presenza di un unico operatore dominante sul mercato all'ingrosso, la mancata separazione della proprietà delle infrastrutture dalle attività di vendita e la carenza di investimenti in infrastrutture di importazione e stoccaggio che ostacolano l'ingresso nel mercato di nuovi operatori continuano, quindi, a connotare un mercato che, proprio in ragione di ciò pare potersi ritenere solo formalmente liberalizzato».

²¹ Punto 7.

²² Vedi Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3352 sulla legittimità della delibera n. 248/2004. Per i profili che qui interessa, il Consiglio di Stato ha ribadito che: «L'Autorità è titolare di poteri di regolazione anche nei settori liberalizzati, affinché siano salvaguardate le dinamiche concorrenziali, a tutela dell'utenza. Infatti, la liberalizzazione di un mercato non comporta automaticamente il passaggio ad una situazione di concorrenza, la cui promozione rientra tra le competenze dell'Autorità, fin quando essa ritenga che il mercato non sia idoneo alla formazione corretta dei prezzi in una reale competizione». Più di recente, vedi Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 876, il quale ha: «[...] ha precisato che l'Autorità è titolare di poteri di regolazione anche nei settori liberalizzati, affinché siano salvaguardate le dinamiche concorrenziali, a tutela dell'utenza. Infatti, la liberalizzazione di un mercato non comporta automaticamente il passaggio ad una situazione di concorrenza, la cui promozione rientra tra le competenze dell'Autorità, fin quando essa ritenga che il mercato non sia idoneo alla formazione corretta dei prezzi in una reale competizione». In senso contrario, v. tuttavia Tar Lombardia, Sez. IV, 6 febbraio 2006, n. 246 e Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 maggio 2007, n. 2244 secondo cui «L'obiettivo programmatico assegnato all'Aeeg di promuovere la concorrenza nei settori dell'energia elettrica e del gas non si estende [...] fino alla riconduzione in capo all'Autorità di ogni mezzo per il perseguimento dello scopo in assenza di base legale e ciò anche nei riflessi di tutela di soggetti incisi nei limiti apprestati dall'art. 113 Cost».

liberalizzazione è consono al sistema che l'Autorità vigili sull'andamento del mercato e indichi *ex ante* quali siano le regole in assenza delle quali possano verificarsi (o aggravarsi) effetti distorsivi». Peraltro, da subito, si afferma «un "diritto-dovere" dell'Aeegi di disporre tutte le misure idonee volte a promuovere un mercato caratterizzato da una effettiva concorrenza, non solo con azioni repressive *ex post*, ma anche imponendo comportamenti che *ex ante* possano promuovere o prevenire effetti distorsivi»²³. Inoltre, dallo stesso testo dell'art. 1, co. 2, della l. n. 239/2004, del resto, non emergono elementi interpretativi tali da indurre a ritenere incisi i poteri in precedenza attribuiti all'Autorità. Il Consiglio di Stato, quindi, ha ritenuto che le censure dall'Autorità siano fondate e vadano accolte e, pertanto impone la riforma del capo della sentenza con cui è stata ravvisata l'insussistenza del potere dell'Aeegi di disporre le misure di regolazione di una attività liberalizzata.

Successivamente, il Consiglio di Stato è intervenuto per esaminare la censura relativa all'eccesso di potere per carenza di istruttoria²⁴. Il Supremo consesso ha affermato che «la valutazione della rilevanza della 'clausola di salvaguardia' rientra nell'ambito dei poteri tecnico-discrezionali dell'Autorità, che ha motivatamente evidenziato come l'efficienza del settore – con benefici per l'utenza – sia incentivata dall'introduzione obbligatoria nella contrattualistica della 'clausola di salvaguardia'»²⁵. Le disposizioni contenute nella delibera n. 248/2004 e oggetto della impugnazione sono state predisposte, infatti, sulla base di un documento di consultazione (a cui hanno partecipato 37 soggetti) e di una relazione tecnica di accompagnamento²⁶. Tale complesso di documentazione costituisce l'impianto motivazione dell'atto, descrivendo le nuove condizioni del mercato che hanno spinto l'Autorità a prevedere l'ipotesi della clausola di salvaguardia sottoposta alle osservazioni degli operatori.

Dunque, a fronte delle argomentazioni sopra esposte, l'appello dell'Autorità va accolto e, in ragione della infondatezza delle censure originarie, il ricorso di primo grado va respinto²⁷.

2.1 Il Consiglio di Stato sulla determinazione dei prezzi di riferimento nel settore del gas naturale.

Di recente, la questione è stata nuovamente sollevata in base al fatto che con il d.l. n. 73/2007²⁸, convertito dalla l. n. 125/2007, al fine di portare a compimento la liberalizzazione della vendita di elettricità previste dalla direttive comunitarie (segnatamente la direttiva 2003/55/CE)²⁹. È stato attribuito all'Aeegi il potere di definire «transitoriamente, in base ai costi effettivi del servizio, prezzi di riferimento per le forniture di energia elettrica [ai consumatori domestici e alle piccole imprese]

²³ Punto 7.

²⁴ Punto 8.

²⁵ Punto 10.

²⁶ Relazione tecnica di accompagnamento.

²⁷ Punto 13.

²⁸ D-l n. 73/2007 recante "Misure urgenti per l'attuazione di disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell'energia", in GU n. 139/2007.

²⁹ Direttiva 2003/55/CE relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 98/30/CE, in GU L 176.

e per le forniture di gas naturale ai clienti domestici, che le imprese di distribuzione o vendita, nell'ambito degli obblighi di servizio pubblico, comprendono tra le proprie offerte commerciali»³⁰.

A fronte di tale previsione normativa e di un ulteriore ed imprevedibile aumento delle quotazioni dei prodotti energetici non adeguatamente intercettata dalla delibera n. 248/04, dapprima con le delibera nn. 134/2006 e 12/2007 e successivamente con la delibera n. 79/2007 (la delibera che sarà oggetto di impugnazione), l'Autorità ha integrato e modificato le vigenti modalità di aggiornamento delle condizioni economiche di fornitura del gas naturale. Nel documento di consultazione della delibera del 2007,³¹ si rileva che la necessità di intervenire nuovamente sulla disciplina in oggetto deriva dall'esigenza di porre riparo alla situazione di estrema incertezza causata, in particolar modo, dalle contrastanti pronunce di giudici amministrativi sulla delibera n. 248/2004. Tale situazione può essere così riassunta: da un lato, la sentenza del Consiglio di Stato n. 3352/2006 che, come osservato in precedenza, ha riconosciuto la potestà regolatoria in capo all'Aeegsi e la piena legittimità della predetta delibera; dall'altro, le sentenze del Tar Lombardia nn. 3716/2005 e 3718/2005 di annullamento della delibera n. 248/2004, che sono passate in giudicato a causa dell'improcedibilità degli appelli e dell'inammissibilità degli altri gravami di soggetti terzi³². In base a tale contrasto di giudicati, sebbene determinato da una circostanza contingente che ha dato origine ad una mera preclusione processuale, non si raggiunge una conclusione sulla disciplina delle condizioni economiche vigenti per quanto riguarda il pregresso e il futuro. Di qui la necessità di un nuovo intervento con la delibera n. 79/07, al fine di procedere alla riunificazione in un unico procedimento delle modifiche apportate in materia di criteri di aggiornamento delle condizioni economiche di fornitura del gas naturale.

La questione attiene al giudizio promosso da alcune società al TAR Lombardia, per l'annullamento della delibera n. 79/07 e degli atti ad essa susseguenti con cui l'Aeegsi ha definito i prezzi di riferimento per la fornitura di gas naturale che le imprese devono far comparire (includere) nelle offerte commerciali rivolte ad una parte della loro clientela³³. Il TAR Lombardia ha chiesto in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (di seguito: "CGUE" o "Corte") se la norma nazionale, che conferisce il potere di regolazione del prezzo di fornitura del gas all'AEEG (la delibera n. 79/07), osti alla liberalizzazione del mercato del gas disposta con la direttiva 2003/55/CE.

Sul punto, alla Corte è stata sottoposta la questione pregiudiziale relativa alla compatibilità della norma nazionale, mantenendo in capo all'Autorità di regolazione di settore il potere di definire i prezzi di riferimento delle forniture di gas naturale ai

³⁰ Vedi l'art. 1, co. 2, lettera a).

³¹ Atto n. 11/07, Documento per la consultazione 27 febbraio 2007, Orientamenti in materia di condizioni economiche di fornitura del gas naturale già disciplinate dalla delibera n. 248/2004, a decorrere dall'1 gennaio 2005.

³² Con le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 1 e 2 dell'11 gennaio 2007 è stata dichiarata l'improcedibilità per tardivo deposito di due degli appelli proposti dall'Autorità avverso le sentenze del Tar Lombardia n. 3716/2005 e 3718/2005 (rese rispettivamente sui ricorsi presentati dall'Associazione Anigas e dalla Società Gas della Concordia Spa), nonché l'inammissibilità di ulteriori gravami proposti da terzi.

³³ Tar Lombardia, IV, ordinanza 3 giugno 2008, n. 177.

clienti domestici, con la direttiva del 2003 che prevede la liberalizzazione del settore³⁴.

In breve, la Corte ha dichiarato che la normativa comunitaria non preclude agli Stati membri di introdurre un siffatto potere di regolazione tariffaria, stabilendo, tuttavia, alcune condizioni che tale potere di regolazione deve rispettare per non porsi in contrasto con le norme europee. La Corte ha concluso, in altri termini, che a determinate condizioni il diritto comunitario (e nel caso di specie, gli artt. 3 e 23 della direttiva 2003/55/CE) non osta a una disciplina nazionale che consente di determinare il prezzo di fornitura del gas naturale attraverso la definizione di prezzi di riferimento, anche in data successiva all'1 luglio 2007, purché tale intervento sia conforme al principio di proporzionalità declinato attraverso le seguenti figure rivelatrici tipiche.

In primo luogo, la misura di regolazione non deve incidere sulla libera fissazione dei prezzi della fornitura del gas naturale successivamente all'1 luglio 2007, se non nella misura necessaria a conseguire l'obiettivo di interesse economico generale e, di conseguenza, per un periodo necessariamente limitato nel tempo; tale intervento, in altre parole, deve essere limitato sotto il profilo della durata, cioè strettamente necessario al fine di conseguire l'obiettivo perseguito³⁵.

In secondo luogo, la misura deve perseguire un interesse economico generale consistente nel mantenere il prezzo di fornitura del gas naturale al consumatore finale ad un "livello ragionevole" alla luce della contemperazione, che spetta agli Stati membri effettuare, fra l'obiettivo di liberalizzazione e quello della necessaria protezione del consumatore finale perseguiti dalla direttiva 2003/55; cioè l'intervento deve essere proporzionale sotto il profilo della non eccedenza rispetto a quanto necessario per assicurare il perseguimento del fine imposto³⁶.

Inoltre, la misura deve rispettare il principio di proporzionalità sotto l'aspetto dell'individuazione dei suoi beneficiari finali³⁷.

Infine, la misura di regolazione deve essere chiaramente definita, trasparente, non discriminatoria, verificabile, e che garantisca alle imprese dell'Unione europea, che operano nel settore del gas, parità di accesso ai consumatori³⁸.

Il rispetto di tali condizioni è rinviato al controllo giurisdizionale nazionale, attribuendo al giudice amministrativo il compito di valutare se l'atto di regolazione tariffaria adottato dall'Autorità (la delibera impugnata, n. 79/07) rispetti o meno le condizioni indicate nella sentenza della Corte³⁹.

Il fulcro del *thema decidendum* consiste nello stabilire se, per il periodo di regolazione successivo all'1 luglio 2007 (ossia all'indomani della piena liberalizzazione del mercato del gas naturale in base alle previsioni di cui alla direttiva 2003/55/CE), «risulti legittimo l'atto di regolazione del 2007 - e cioè la delibera impugnata n. 79/07 - con cui l'Aeegsi ha provveduto a stabilire i limiti entro cui i costi connessi con la commercializzazione all'ingrosso del gas naturale debbano essere presi in considerazione nel determinare il prezzo di fornitura del gas naturale, mediante la definizione di prezzi di riferimento per la fornitura che le imprese di

³⁴ Corte di Giustizia, Grande sezione, 20 aprile 2010, causa C-265/2008.

³⁵ Punto 35.

³⁶ Punti 36 e 37.

³⁷ Punti 39 e ss.

³⁸ Punti 44 e ss.

³⁹ G. P. CIRILLO, R. CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, op. cit., 415.

vendita al dettaglio devono necessariamente proporre a taluni dei propri clienti»⁴⁰. In particolare, «le coordinate logico-sistematiche entro cui risolvere la questione della legittimità della delibera impugnata sono interamente desumibili dalla sentenza della CGUE»⁴¹.

Nello specifico, il Collegio ha ribadito che il compito del Giudice nazionale di rinvio (chiamato a pronunciarsi circa la compatibilità di una certa misura regolatoria con il principio di proporzionalità) non può spingersi sino ad individuare la misura regolatoria ottimale per il caso concreto e parametrare il proprio giudizio di legittimità su un *tertium comparationis* da lui stesso autonomamente individuato. Come confermata da una ormai consolidata giurisprudenza, il giudice amministrativo, in relazione ai provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti, «esercita un puro e semplice sindacato di legittimità, che non si estende nel merito»⁴². In altri termini, il Giudice deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'Autorità sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate. Ancora, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'Autorità nella definizione del concetto giuridico indeterminato, nel caso di specie l'individuazione di una misura di regolazione di carattere proporzionale. Per tali ordini di motivi, per il Collegio «non possono essere condivisi gli argomenti profusi dalle società appellate, secondo cui il bilanciamento fra liberalizzazione e tutela dei consumatori finali avrebbe, piuttosto, dovuto essere conseguito attraverso ulteriori e più efficaci misure»⁴³.

Dunque, il Consiglio di Stato ha verificato se le quattro condizioni individuate dalla Corte sono soddisfatte o meno dalla delibera impugnata n. 79/07.

La prima questione esaminata era riferita alla proporzionalità della misura di regolazione sotto l'aspetto della temporaneità, punto sul quale il Consiglio di Stato ha già avuto modo di esprimersi⁴⁴. Preliminarmente, è stato affrontato il problema della corretta individuazione degli atti (normativi e di regolazione) in relazione ai quali deve essere espresso il giudizio relativo al rispetto del principio di temporaneità. Ad avviso del Collegio, «si è in parte perso di vista che l'oggetto primo ed immediato del giudizio di impugnazione era rappresentato dalla sola delibera n. 79/07 e si è - più o meno direttamente - trasformato l'oggetto del presente

⁴⁰ Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 settembre 2012, n. 5140.

⁴¹ Punto 3

⁴² Vedi sul tema Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 settembre 2011, n. 5171. Sulla giurisdizione di legittimità e quella di merito, vedi F. G. SCOCA, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale*, in C. R. BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, Giappichelli Editore, 282 ss. In particolare sulla giurisdizione di merito, vedi G. VACIRCA, *La giurisdizione di merito: cenni storici e profili problematici*, in www.giustizia-amministrativa.it, Maggio 2008, 1 ss. Sulla evoluzione del controllo svolto da parte del Consiglio di Stato, vedi C. ALIBERTI, *Il controllo parlamentare sugli atti normativi del Governo*, in R. DICKMANN (a cura di), *Funzioni parlamentari non legislative e forma di governo: l'esperienza dell'Italia*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, 337. «Nella prassi tuttavia il Consiglio di Stato ha ampliato la sfera del proprio intervento, andando oltre il controllo di mera legittimità dell'atto per verificare l'«idoneità delle norme a realizzare nel modo migliore la volontà del legislatore», per cui, allo stato attuale, «tale concezione evolutiva della funzione consultiva del Consiglio di Stato comporta l'espressione di pareri nei quali convivono profili di legittimità e di merito»».

⁴³ Punto 5.2.2.

⁴⁴ Vedi Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 ottobre 2010, n. 7645.

giudizio in una sorta di generalizzato vaglio sostanziale circa la disciplina nazionale susseguitasi nel corso degli anni in tema di fissazione delle condizioni di vendita al dettaglio del gas naturale, in tal modo travalicando i limiti propri del presente giudizio impugnatorio»⁴⁵. Su tale questione, la sentenza del Tar Lombardia è meritevole di riforma in quanto il rispetto del principio di temporaneità deve essere effettuato non sulla base di «fatti e atti ulteriori e anche successivi, in tal modo ampliando in modo inammissibile il campo di indagine», ma piuttosto «limitatamente allo stato di fatto e di diritto esistente al momento di adozione della delibera impugnata».

La seconda questione ha riguardato la proporzionalità della misura di regolazione sotto l'aspetto della non eccedenza rispetto a quanto necessario per assicurare il perseguimento del fine imposto. La Corte, da un lato, non ha negato in via di principio che un sistema dei prezzi di riferimento possa legittimamente essere approntato al fine di limitare gli effetti negativi che l'aumento del prezzo dei prodotti petroliferi sui mercati internazionali potrebbe sortire nei confronti dei clienti finali, in specie in un contesto in cui la concorrenza non sia effettiva; dall'altro, la Corte stessa ha demandato ai giudici nazionali il vaglio concreto circa il carattere eccedentario di tale misura. Secondo il Consiglio di Stato, preso atto «della sostanziale rigidità del mercato nazionale all'ingrosso [...] e dell'estrema difficoltà di introdurre misure in favore della clientela finale le quali agiscono sulla formazione dei prezzi all'ingrosso, è del tutto *congruo e ragionevole*⁴⁶ aver instaurato un sistema di regolazione che muove dalla fissazione del prezzo di riferimento per gli utenti finali. Ciò al fine di indurre i dettaglianti ad assumere comportamenti di “reazione concorrenziale nei confronti dei grossisti”, così da indurli ad una rinegoziazione delle condizioni di fornitura»⁴⁷. Inoltre, un'altra conferma della compatibilità del modello regolatorio è fornita dal fatto che «tale modello non si concreta nella fissazione di un unico prezzo imposto, ma potendosi affiancare con altre, diverse offerte»⁴⁸.

La terza questione era legata alla proporzionalità della misura di regolazione sotto l'aspetto dell'individuazione dei suoi beneficiari finali. Secondo il Consiglio di Stato, la delibera impugnata risulta compatibile con le coordinate valutative tracciate dalla Corte, in quanto quest'ultima «ha operato effettive e congrue differenziazioni fra clienti domestici e imprese e, nell'ambito di queste ultime, fra i diversi operatori sulla base della diverse classi dimensionali»⁴⁹.

La quarta questione, infine, ha rinviato il rispetto del principio di proporzionalità sotto l'aspetto della trasparenza e non discriminatorietà. Anche sotto tale profilo, nell'esaminare in particolare il sistema dei prezzi di riferimento, di cui alla delibera n. 79/09, il Collegio ha affermato che «non palesa l'esistenza di circostanze tali da ritenere che l'onere finanziario di tale sistema gravasse in modo principale o esclusivo sulle imprese che esercitano unicamente l'attività di vendita al dettaglio, piuttosto che sulle imprese (ENI) le quale esercitano congiuntamente l'attività di commercializzazione all'ingrosso e di dettaglio»⁵⁰.

⁴⁵ Punto 5.1.2.

⁴⁶ Corsivo mio.

⁴⁷ Punto 5.2.3.

⁴⁸ Punto 5.2.5.

⁴⁹ Punto 5.3.4.

⁵⁰ Punto 5.4.

Dunque, il Consiglio di Stato, sulla base degli esiti dei test di proporzionalità sopra esposti, ha accolto il ricorso dell'Aeeg e, di conseguenza, in riforma della sentenza appellata, ha disposto la reiezione dei ricorsi proposti in primo grado⁵¹.

3. Poteri impliciti e principio di legalità: una questione ancora aperta?

Il presente lavoro ha cercato di analizzare il ruolo dell'Aeegsi nella determinazione dei prezzi di riferimento nel settore del gas naturale. La legge istitutiva dell'Autorità, come ricordato, attribuisce competenze molto generali a quest'ultima, le cui finalità hanno inevitabilmente interessato (intersecato) settori in corso o già liberalizzati, come quelli del gas e dell'energia. Di qui la necessità di giungere ad un bilanciamento di interessi contrapposti: promozione e tutela del mercato e, allo stesso tempo, assicurare la concorrenza e parità di accesso agli utenti finali⁵².

La difficoltà per addivenire a tale equilibrio si è manifestata nell'alto numero di contenziosi. In estrema sintesi, da un lato i giudici hanno affermato la compatibilità tra liberalizzazione del settore e regolazione proconcorrenziale, riconoscendo il diritto/dovere dell'Autorità a intervenire sul processo di liberalizzazione⁵³, dall'altro, la giurisprudenza sulle delibere di regolazione asimmetrica ha invece mostrato maggiore aderenza alla concezione formale del principio di legalità, imponendo alla pubblica amministrazione di rispettare il dettato normativo.

In particolare, la questione qui esaminata è iniziata nel 2004, a seguito della delibera n. 248/04 dell'Aeegsi che aveva stabilito un meccanismo di limitazione degli aumenti del prezzo del gas rispetto alla crescita del costo dei prodotti petroliferi. Le società appellanti hanno proposto ricorso al Tar Lombardia, affermando che la liberalizzazione del mercato del gas avrebbe comportato la soppressione dei poteri di regolazione dell'Autorità. Successivamente, anche la delibera n. 79/07 è stata oggetto di vari ricorsi e sulla quale si è pronunciata la CGUE, la quale ha riconosciuto il potere regolatorio dell'Aeegsi in base a precise condizioni (i c.d. test di proporzionalità). Il Consiglio di Stato ha così stabilito che la delibera del 2007 risultava pienamente conforme al principio di proporzionalità ed ai

⁵¹ Punto 7.

⁵² Cfr. M. CLARICH, G. CORSO, V. ZENO-ZENCOVICH, *Le autorità indipendenti: un catalogo delle questioni aperte*, Relazione al Convegno su "Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive", Roma, 27 febbraio 2006, Nexus, 17. «Una volta che il servizio viene liberalizzato – energia elettrica, gas, telecomunicazioni, ferrovie, poste etc. – e nel mercato relativo irrompono altre imprese, sorge l'esigenza di una regolazione: per impedire che l'ex monopolista, trasformato in società di capitali (se non lo era prima) abusi della posizione dominante, utilizzi in modo discriminatorio la rete che è necessaria per l'erogazione del servizio (e non è duplicabile se non a costi altissimi), impedisca o ostacoli l'ingresso nel mercato di nuovi operatori, erigendo artificiali barriere all'entrata». Vedi anche M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, Giuffrè Editore, 2007, 23. «Nel caso delle autorità per l'energia elettrica e il gas e per le comunicazioni, l'esistenza di simili organismi può infatti spiegarsi con la necessità di un'istanza regolatrice duttile, elastica e dotata di competenze sufficientemente approfondite da poter accompagnare il processo di privatizzazione del settore, mantenendo un delicato equilibrio tra la posizione dell'ex monopolista, quella dei soggetti che aspirano ad entrare nel mercato e quella dei consumatori, nel delicato passaggio da un sistema di controllo pubblico e a prezzi amministrati ad un sistema in cui le tariffe sono fissate dal libero gioco della concorrenza tra operatori».

⁵³ Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 settembre 2007, n. 4895.

relativi test, di cui alla sentenza della Corte. Infatti, le disposizioni della delibera sono circoscritte nel tempo e sono finalizzate al perseguimento di obiettivi specifici. Inoltre, il meccanismo designato dalla misura di regolazione non ha determinato oneri ingiustificati a carico di alcune particolari imprese né arrecato effetto discriminatori su di esse. In conclusione, se da un lato la giurisprudenza del Tar Lombardia è sembrata più rigorosa dinanzi al principio di legalità e, viceversa, poco orientata a riconoscere i poteri implicitamente previsti dalla legge; dall'altro, il Consiglio di Stato sembra più propenso ad accettare la configurabilità di poteri impliciti⁵⁴.

⁵⁴ F. SCLAFANI, L. ZANETTINI, *L'autorità per l'energia elettrica e il gas*, cit., 25.