



E. BRUTI LIBERATI – M. DE FOCATIIS- A. TRAVI (a cura di), *Aspetti della transizione nel settore dell'energia: gli appalti nei settori speciali, il market design e gli assetti di governance*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, pp. 201*.

Il volume dal titolo “*Aspetti della transizione nel settore dell'energia: gli appalti nei settori speciali, il market design e gli assetti di governance*” raccoglie i contributi degli studiosi che hanno partecipato a due incontri promossi dall'Associazione italiana di diritto dell'energia (AIDEN), uno tenutosi a Milano il 22 maggio 2017 e l'altro a Roma, il 4 luglio 2017.

Gli incontri si sono concentrati su alcuni temi di particolare attualità per l'assetto di tale materia nel nostro Paese: il consolidamento della nuova disciplina sui contratti pubblici, le prospettive sulla *governance* dell'energia e il ruolo dell'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (ACER) alla luce del nuovo pacchetto “*Clean Energy for all Europeans*” o “*Winter package*” di imminente pubblicazione.

Questo pacchetto comprende ben otto diversi atti legislativi: la Direttiva sul rendimento energetico nell'edilizia (Dir. 2018/844), la Direttiva sulle energie rinnovabili (Dir. 2018/2001), la Direttiva sull'efficienza energetica (Dir. 2018/2002), il Regolamento sulla *governance* (Reg. 1999/2018), la Direttiva sull'energia elettrica, il Regolamento sull'energia elettrica, il Regolamento sulla preparazione del rischio ed il Regolamento per l'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (ACER). Gli ultimi quattro atti normativi sono in attesa di adozione da parte del Parlamento e del Consiglio.

L'opera nel suo complesso analizza, come emerge dal titolo, gli aspetti della transizione nel settore dell'energia e ciascun Autore si sofferma su una specifica tematica.

* Contributo sottoposto a *peer review*.

Nella prima parte del volume, sono raccolti i contributi degli studiosi che hanno partecipato al primo incontro di studio, tenutosi a Milano, incentrato, in particolare, sul tema: “il codice dei contratti pubblici e gli appalti nei settori speciali dell’energia”.

Questa prima parte si compone di 8 capitoli.

Nel primo capitolo, l’Autore, Giuseppe Morbidelli, si occupa della natura giuridica delle linee guida Anac e della loro rilevanza nel settore dei contratti pubblici. Nel secondo capitolo, che porta la firma di Luisa Torchia, l’Autrice si sofferma sugli Appalti nei settori speciali dell’Energia, con riferimento all’inquadramento generale e le novità contenute nel nuovo codice degli appalti e nel decreto correttivo. Il terzo capitolo, a cura di Daniela Anselmi, analizza l’ambito di applicazione della disciplina nei settori speciali dell’energia ed il problema degli appalti sottosoglia. Il successivo capitolo di Riccardo Villata affronta il tema del Partenariato pubblico-privato nel settore dell’energia. Il quinto capitolo, il cui Autore è Paolo Sansone, fa riferimento all’omologazione e alla specificità della disciplina dei settori speciali con riferimento alla disciplina del ricorso alle centrali di committenza ubicate in altro Stato membro, dei requisiti di qualificazione per l’iscrizione in un sistema di qualificazione. Il sesto capitolo di Fiorenzo Festi, si incentra sugli Arbitrati nei settori speciali dell’energia. Il settimo capitolo di Marco Lipari, riguarda la regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida nei settori speciali. L’ultimo capitolo, a cura di Luca Bertonazzi, attiene alle indagini di mercato e principio di rotazione.

Nella seconda parte del volume sono raccolti i contributi degli Autori che hanno partecipato al secondo incontro svoltosi a Roma, dal titolo “Guidare la transizione: *il market design* ed assetti di *governance*”. Questa seconda parte si struttura in 4 capitoli.

I primi due capitoli, scritti rispettivamente da Federico Boschi e Luigi Michi, si soffermano, il primo, sul market design nel settore elettrico e, il secondo, sullo sviluppo delle interconnessioni per l’integrazione dei mercati.

Gli ultimi due capitoli sono oggetto della presente recensione. Si tratta dei contributi di due Autori, Filippo Donati ed Eugenio Bruti Liberati, che hanno affrontato, rispettivamente, il tema della “Commissione UE tra politica e regolazione dell’energia” e “il nuovo ruolo dell’ACER e l’indipendenza delle Autorità nazionali di regolamentazione.

La scelta di analizzare, in particolare, questi due capitoli, si giustifica alla luce della trasversalità delle tematiche trattate dagli Autori, interessanti sotto un profilo interno oltre che europeo.

L’approfondimento delle questioni segue come filo conduttore quello del processo dell’*Energy Union*, vale a dire la costituzione di un effettivo mercato interno dell’energia in Europa.

Quanto al *market design*, viene messo in luce come lo stesso si realizzi attraverso un’attività di regolazione che richiede di avere presenti non solo le dinamiche

competitive messe in atto dagli operatori, ma anche le specificità e le complessità del settore che si intende disciplinare, la tutela dei consumatori finali, la sicurezza degli impianti e la tutela ambientale. Quella del *market design*, in altri termini, è un'attività che tocca più in generale anche la fase di transizione che il mercato dell'energia sta vivendo verso un utilizzo sempre più diffuso di energie rinnovabili, fino a raggiungere una totale sostituzione dei combustibili fossili ed arrivare così ad un sistema energetico “*low carbon*” o, addirittura, “*zero carbon*”.

L'idea di fondo, che emerge dai saggi esaminati, è che il *Winter Package* intende delineare un modello di mercato che, volendo richiamare una figura geometrica, si configuri come un triangolo equilatero ai cui vertici si collocano la sostenibilità ambientale, la competitività e la sicurezza degli approvvigionamenti.

Gli scritti di Filippo Donati ed Eugenio Bruti Liberati si incentrano sugli effetti del nuovo pacchetto regolativo sul tema della *governance* europea, in particolare, essi si interrogano sul rapporto tra autorità e governi e sul ruolo e la natura degli stessi organismi di regolazione, quali agenzie o vere e proprie Autorità indipendenti.

Donati, nel suo contributo dal titolo “*La Commissione UE tra politica e regolazione dell'energia*”, si sofferma sulla (controversa) relazione tra politica e regolazione dell'energia, con le relative implicazioni in punto di *governance*. Questa, tradizionalmente, si fonda sulla separazione tra politica e regolazione. A livello europeo, infatti, è stato previsto (*rectius* imposto) agli Stati membri di creare autorità di regolazione indipendenti, in posizione di autonomia non solo dagli operatori del mercato che sono chiamati a regolare, ma soprattutto rispetto al potere politico.

Il legislatore europeo ha, altresì, previsto e delineato gli obiettivi ed i compiti che le stesse sono chiamate a perseguire, inserendole in una rete volta a garantire un forte coordinamento tra tutte le autorità nazionali e la Commissione europea, al fine di assicurare una applicazione uniforme del quadro normativo su tutto il territorio dell'Unione.

Tale cooperazione è promossa dall'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (ACER) che diventa il luogo di raccordo tra politica (Commissione) e regolazione (Autorità indipendenti dei singoli stati), istituita con il regolamento n.713/2009 previsto nel c.d. terzo pacchetto energia del 2009.

L'Autore evidenzia come da un lato, la previsione delle Autorità amministrative indipendenti ha consentito a livello nazionale di attuare un'indipendenza (tendenzialmente) assoluta rispetto all'organo politico, mentre a livello europeo, l'indipendenza delle singole autorità indipendenti si relativizza, perché importanti funzioni di regolazione e di vigilanza sono svolte dalla Commissione europea, che è organo politico.

Tra l'altro, il "Winter Package" sembrerebbe proporre un nuovo modello di *governance*, caratterizzato dal rafforzamento del ruolo della Commissione, con riflessi evidenti sulla regolazione indipendente.

Donati, allora, si interroga sulla *ratio* di questa "asimmetria" di indipendenza e sulla possibilità di un suo superamento a vantaggio di una indipendenza piena anche a livello europeo. La particolare rilevanza che assume il mercato dell'energia, al pari di altri mercati strategici, come quello dei mercati finanziari, in cui, ad esempio, si prevede una regolazione completamente indipendente anche a livello europeo, potrebbe giustificare la previsione di un modello organizzativo che offra maggiori garanzie da interferenze politiche.

Secondo l'Autore, una regolazione pienamente indipendente in ambito europeo consentirebbe di garantire una maggiore stabilità (rispetto all'alternanza delle maggioranze politiche) e adeguatezza tecnica della disciplina del mercato, perché si affida la regolazione ad organi dotati di competenze specialistiche del settore.

Per Donati, tale obiettivo si potrebbe raggiungere attraverso l'istituzione di una vera e propria autorità di regolazione europea indipendente, ridisegnando, ad esempio, il ruolo e i poteri dell'ACER.

L'Autore ripercorre le ragioni che per anni hanno impedito la creazione di autorità europee (indipendenti) di regolazione, giustificando l'attuale modello di regolazione europea del mercato dell'energia. Queste ragioni sono principalmente di ordine normativo e giurisprudenziale.

Dal punto di vista normativo, l'Autore osserva come, in effetti, sia sempre mancata una previsione nei Trattati che consenta di autorizzare la delega di funzioni ad altri organismi.

Quanto alla giurisprudenza europea, la Corte di Giustizia si è sempre conformata a quanto statuito in due sentenze pilota ("Meroni" e "Romano"), consolidando un orientamento che non consente alla Commissione di delegare a un organismo autonomo poteri caratterizzati da ampi margini di discrezionalità.

Donati ripercorre, così, i due principali filoni interpretativi delle sentenze "Meroni" e "Romano". La prima sentenza riguarda il caso "Meroni", in cui la Corte fu chiamata a valutare la compatibilità rispetto al Trattato CECA di una delega conferita dall'Alta autorità in favore di due società private di diritto belga per la regolazione di alcuni aspetti relativi a transazioni su rottami ferrosi. La Corte ritenne che tale delega, non fosse conforme al principio dell'"equilibrio istituzionale", ponendosi in contrasto con il Trattato una previsione di delega che conferisse un potere discrezionale, tra cui quello di adottare misure normative di tipo generale.

Tale orientamento è stato ulteriormente rafforzato con la sentenza "Romano", in cui la Corte esclude la possibilità di delegare ad organi diversi dalla Commissione e dal Consiglio il potere di adottare atti di natura normativa.

Il caso qui riguardava i poteri di un ente pubblico (*Institut national d'assurance maladie-invalidité*) di imporre alle autorità nazionali di previdenza alcuni criteri per l'applicazione della disciplina europea in materia di pensione di invalidità.

La Corte a sostegno dell'inammissibilità della delega di poteri di regolazione, utilizza un argomento ulteriore rispetto alla sentenza Meroni, vale a dire l'assenza di una tutela giurisdizionale degli atti di questi organismi. In altri termini, il TCE prevedeva un controllo giurisdizionale solo sugli atti delle istituzioni vere e proprie dell'Unione e non sugli atti di altri organismi, così vietando indirettamente la delega di poteri a soggetti i cui atti sono sottratti al controllo di legalità.

Se questo era il quadro giurisprudenziale e normativo che non consentiva la formazione di Autorità europee di regolazione indipendente, Donati, però, evidenzia come, ad oggi, il panorama normativo ed anche giurisprudenziale risulti assai diverso. Ragion per cui non si comprende come in un settore strategico come quello dell'energia, non si possa pensare a rafforzare l'indipendenza dell'ACER.

Infatti, il Trattato di Lisbona, pur non contenendo una previsione che espressamente autorizzi la Commissione a delegare poteri ad altri organismi, tuttavia, diversamente dal precedente Trattato prevede una tutela giurisdizionale contro gli atti adottati da tali enti.

Gli articoli 263, 265, 267 e 277 TFUE, infatti, attribuiscono alla Corte di Giustizia giurisdizione su tutti gli atti adottati dagli "organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi".

Per questo motivo, con le parole di Donati: "*la previsione di un controllo giurisdizionale anche sugli atti delle agenzie destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi presuppone però, logicamente, la possibilità di conferire poteri alle stesse*". Quindi, *a contrario*, si può ritenere comunitariamente legittimo il conferimento del potere di adottare atti di portata generale ad altri organi od organismi diversi dalle istituzioni.

Inoltre, l'Autore sottolinea come le pronunce, prima citate, si collochino in un contesto storico completamente diverso da quello attuale e siano ormai superate dalla evoluzione del processo di integrazione europea che ha visto una progressiva espansione anche delle competenze dell'Unione. Per tale ragione, la delega di poteri ad organi non menzionati dai Trattati diventa nell'attuale assetto europeo una esigenza alla quale non si può rinunciare, proprio in ragione dell'elevato tecnicismo di alcuni settori di competenza dell'Unione.

A sostegno di questa sua conclusione, l'Autore riporta anche una recente sentenza nella quale Egli ritiene che la Corte di Giustizia abbia definitivamente superato i principi enucleati nelle sentenze Meroni e Romano.

Si tratta di una pronuncia del 2014, nella quale la Grande Sezione della Corte di Giustizia è stata chiamata a stabilire se il conferimento di alcuni poteri all'ESMA (Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati) fosse compatibile con i

principi richiamati dalle sentenze Meroni e Romano in tema di delega di poteri ad organismi diversi e non disciplinati dal Trattato.

Il regolamento istitutivo dell'ESMA (n. 1095/2010), in particolare agli articoli 8 e 9 conferisce a tale Autorità il potere di adottare decisioni individuali vincolanti nei confronti delle Autorità nazionali competenti e dei partecipanti ai mercati finanziari, con l'obiettivo di garantire il corretto funzionamento e l'integrità dei mercati finanziari, nonché la stabilità generale o parziale del sistema finanziario dell'Unione.

L'articolo 28 del Regolamento n. 236/2012 ha attribuito all'ESMA il potere di adottare una serie di misure individuali o generali volte ad imporre obblighi di trasparenza sulle operazioni di vendita allo scoperto ovvero a limitarne o proibirne il compimento.

La Corte respinge il ricorso promosso dal Regno Unito ex art. 263 TFUE, con il quale tale Stato chiedeva l'annullamento dell'art. 28 del Regolamento sulle vendite allo scoperto, affermando proprio che il nuovo quadro istituzionale dettato dal Trattato di Lisbona permette di ritenere ormai superati i due principali ostacoli sui quali le due sentenze prima citate fondavano il diniego ad un riconoscimento di tali poteri: l'assenza di controllo giurisdizionale e la mancata previsione nei trattati di un potere di delega a soggetti diversi dal Consiglio e dalla Commissione.

E ciò perché, in primo luogo, il Trattato di Lisbona ha formalmente esteso il controllo giurisdizionale sugli atti anche di altri organismi, tra cui le agenzie europee e, in secondo luogo, proprio perché l'art. 263 TFUE consente di ritenere compatibile con il Trattato, le deleghe ad organismi dell'Unione europea del potere di adottare atti di portata generale, dal momento che gli stessi non sfuggono ad un controllo di legittimità ad opera della CGUE.

Donati considera questo recente approdo rilevante, perché supera definitivamente i principali impedimenti all'ammissibilità della creazione di un'autorità europea indipendente di regolazione.

Pertanto, alla luce del nuovo quadro normativo e giurisprudenziale, l'Autore assume una posizione critica rispetto alla scelta presente nel *Winter Package* di ordine opposto ad un rafforzamento dell'indipendenza dell'ACER.

Ed infatti, nella proposta di modifica di regolamento sull'ACER si continua a configurare quest'ultima come mero centro di coordinamento delle autorità nazionali di regolazione, anziché come vera e propria Autorità europea indipendente di regolazione.

Conclude, infatti, Donati che, con il mantenimento di questa impostazione, si rischierebbe per ricadere in un paradosso istituzionale, dal momento che *“il diritto dell'Unione impone agli Stati membri di affidare ad autorità specializzate dotate di adeguata indipendenza le funzioni di regolazione per l'attuazione del quadro normativo in materia di energia e sul piano europeo le funzioni di regolamentazione rimangono affidate alla Commissione”*.

Il secondo contributo di Eugenio Bruti Liberati intitolato *“Il nuovo ruolo dell’ACER e l’indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione”* affronta una tematica connessa a quella appena illustrata.

L’Autore, in particolar modo, si sofferma sulle conseguenze della previsione di un rafforzamento del ruolo della Commissione sull’ACER e, quindi, di come la perdita di indipendenza di questa rispetto al potere politico possa di fatto ripercuotersi sulla indipendenza delle singole autorità nazionali di regolazione.

A ben vedere, con la proposta modificativa, inclusa nel *Winter Package*, di ricondurre l’ACER al modello di agenzia europea si intende spostare l’equilibrio della *governance* verso una maggiore influenza della Commissione. Ciò si ricava, tra l’altro, dalle previsioni che rafforzano le competenze del Consiglio di amministrazione e del Direttore e l’eliminazione, per entrambi, del “divieto di sollecitare o accettare istruzioni dalla Commissione”.

Nella proposta di nuovo regolamento, ai considerando nn. 23 e 24, emerge la volontà di omologare l’ACER al modello di Agenzia come struttura di supporto della Commissione, al fine di adeguare la disciplina dell’ACER all’Orientamento Comune in tema di agenzie europee condiviso nel 2012 da Commissione, Consiglio e Parlamento.

Secondo l’Autore, tale finalità maschera un obiettivo diverso e ben preciso: *“quello di fare dell’ACER - anziché il luogo di composizione quasi paritaria tra le autorità nazionali di regolamentazione - lo strumento per imporre alle stesse gli indirizzi regolatori anche puntuali della Commissione”*.

Pertanto, la scelta di spostare l’ACER verso il modello tradizionale di agenzia europea, intesa come ente di supporto esterno alla Commissione comporta delle conseguenze “a cascata” anche a livello di regolazione interna, con incidenza sull’indipendenza delle Autorità amministrative nazionali di regolazione (ANR), in quanto la Commissione eserciterebbe tramite l’ACER poteri di indirizzo di controllo verso le stesse ANR.

L’Autore, di conseguenza, evidenzia come tale opzione mal si concilia con la scelta di fondo operata dieci anni prima dal legislatore europeo, con il c.d. Terzo pacchetto del 2009, con cui si è imposto agli Stati membri di istituire a livello nazionale delle Autorità amministrative che fossero indipendenti dall’influenza degli operatori economici, ma soprattutto dal potere politico. Del resto, il successo delle Autorità amministrative indipendenti anche in altri settori si deve al riconoscimento alle stesse della loro capacità di produrre una regolazione efficiente, neutrale e specializzata sul piano tecnico-economico, oltre che di proteggere valori costituzionali, come il risparmio, il credito, la concorrenza, che non sarebbero adeguatamente tutelati da un regolatore politicamente dipendente e quindi in qualche modo condizionato dall’indirizzo politico della maggioranza politica di quel momento.

Bruti Liberati mette quindi in luce una contraddizione di fondo: l’opzione di assoggettare le ANR, sia pure per il tramite della ACER, alle scelte politiche della

Commissione significa ribaltare la scelta legislativa espressa nel precedente pacchetto e richiedere di fatto alle ANR di rinunciare alla loro indipendenza (sostanziale) dal potere politico europeo. La soluzione che l'Autore auspica è quella di un rafforzamento dell'indipendenza dell'ACER, al pari di altre Autorità europee (EBA, ESMA, EIOPE) a cui i rispettivi regolamenti istitutivi riconoscono una piena indipendenza da tutte le istituzioni europee.

Questo è il modello di *governance* a cui il settore dell'energia dovrebbe tendere se non si vuole rinunciare ai vantaggi di una regolazione indipendente. Del resto, venendo meno anche quegli ostacoli di ordine normativo e giurisprudenziale che un tempo ne impedivano il riconoscimento, non sussistono ragioni che possano effettivamente impedire tale indipendenza.

L'Autore evidenzia come l'istituzione di un'autorità europea indipendente nel settore dell'energia ed espressione dei regolatori indipendenti nazionali non solo non sia più impedita dai principi in tema di equilibrio dei poteri all'interno dell'UE, ma sia addirittura preferibile e si augura che il regolamento definitivo rinunci *“al tentativo di mettere sotto la tutela politica tanto l'ACER quanto le autorità nazionali di regolamentazione”*.

Entrambi gli Autori, dunque, promuovono il riconoscimento del ruolo di ACER, quale agenzia indipendente europea, sussistendone i presupposti anche normativi, al fine di garantire una regolazione più adeguata sul piano tecnico-economico, più stabile ed imparziale, in continuità rispetto ad una scelta operata già dal Terzo pacchetto che ha richiesto l'istituzione di singole Autorità amministrative nazionali e nel rispetto della indipendenza formale e sostanziale delle stesse.

Nell'attesa dell'approvazione del testo definitivo e dell'adozione del nuovo Regolamento per l'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia, la sensazione è che il nuovo testo al vaglio delle istituzioni, rispetto al testo originario di modifica del Regolamento del 2009, proposto dalla Commissione nel 2016, “ripristin” quegli elementi di indipendenza dell'ACER, tracciati nel precedente Regolamento e che di fatto riporti la *governance* europea dell'energia in un equilibrio tra politica e regolazione, così frantumando le speranze di un accentramento di potere (e di controllo) della Commissione. Significativa è la modifica fatta dal Consiglio, rispetto alla proposta della Commissione, sull'art. 19, comma 8, che ha “reintrodotto” il divieto per il Consiglio di amministrazione dell'ACER di accettare alcuna istruzione politica.

In conclusione, l'opera nel suo complesso analizza sia profili di ordine sostanziale, in particolare nella prima parte, quali, il consolidamento della disciplina sui contratti pubblici, le tutele dei consumatori ed utenti, sia profili di ordine organizzativo, specialmente nella seconda parte, che toccano aspetti di rilievo generale, come la *Governance* europea nel settore dell'energia e l'assetto di ACER.

I due contributi, oggetto della presente recensione, rispetto a quest'ultimo profilo, si apprezzano per gli interessanti spunti critici sull'incidenza che la nuova disciplina del

Winter package potrebbe avere sugli assetti di *Governance* dell'energia a livello europeo e di conseguenza a livello nazionale.

Luisa Giurato