

La commissione UE tra politica e regolazione dell'energia

di Filippo Donati

ABSTRACT

The European regulatory framework in the energy sector sets out a governance model based, at national level, on the separation between politics and regulation. This model has its own logic. No one can deny that the basic political choices in the field of energy policy must be reserved for the representative legislator. However, the advantages deriving from the separation between politics and regulation are undoubted, in terms of greater stability and technical adequacy of the market discipline, entrusted to bodies with specific expertise and subtracted from changes due to the alternation of political majorities.

The EU legislator has only partially implemented this model. While strengthening the autonomy and independence of national regulators from political pressures, it continues to entrust significant regulatory powers to the European Commission, which is accountable before the European Parliament. The Lisbon Treaty has strengthened this accountability, by providing that the President of the Commission is elected by the European Parliament and that the European Council, in proposing the candidacy, must take into account the results of the political elections.

As of today, the resistance to the establishment of an independent European regulatory authority still seems insurmountable. In fact, the energy sector reform plan known as the "Winter Package" or "clean energy package for all Europeans", strengthens the role of the Commission, to the detriment of that assigned to independent regulation.

Is such a choice really necessary?

This essay, aimed at answering such question, is divided into three parts. In the first one, I will analyse the case law which, according to a widespread opinion, would prevent the creation of independent European regulatory authorities. Secondly, I will refer to the evolution of the regulatory and jurisprudential framework which, after the entry into force of the Lisbon Treaty, would seem to allow a strengthening of independent regulation also at European level. Finally, I will move to the analysis of the main issues arising out from the energy governance model outlined in the Winter Package.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La creazione di autorità europee di regolazione tra Meroni e Romano. – 3. Il Trattato di Lisbona. – 4. La svolta della Corte di giustizia. – 5. Il Winter Package. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Il quadro normativo europeo nel settore dell'energia delinea un modello di *governance* fondato sulla separazione politica e regolamentazione¹. Il legislativo

¹ Con il termine regolazione (o regolamentazione) si intende generalmente far riferimento al-

re dell'Unione europea, infatti, ha imposto agli Stati membri la creazione di autorità nazionali di regolamentazione (ANR), con posizione di autonomia e indipendenza non solo dal potere economico ma anche da quello politico. Il legislatore ha fissato inoltre gli obiettivi che le stesse sono chiamate a perseguire nell'esercizio delle loro attività, e le ha inserite in una rete volta a garantire un forte coordinamento tra le autorità nazionali e la Commissione e ad assicurare un'attuazione uniforme del quadro normativo su tutto il territorio dell'Unione.

In particolare, il cosiddetto terzo pacchetto energia del 2009² ha affidato alle ANR il compito di garantire la corretta e uniforme applicazione del diritto dell'Unione su tutto il territorio europeo. A tal fine le nuove direttive hanno individuato espressamente gli obiettivi generali che le ANR sono chiamate a perseguire³ e ne hanno esteso le competenze⁴, affidando alle stesse anche il potere di irrogare sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive alle imprese elettriche che non ottemperano agli obblighi ad esse imposti sulla base della normativa applicabile⁵. Le autorità nazionali sono chiamate ad operare in stretta cooperazione con la Commissione, con l'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia («Acer»)⁶ e con le autorità degli altri Stati membri⁷. Le nuove direttive hanno poi imposto agli Stati membri l'obbligo di assicurare l'indipendenza delle autorità di regolazione non solo dalle imprese regolate, ma anche dal potere politico⁸. A tal riguardo le autorità nazionali,

la disciplina volta a conformare il mercato in vista del conseguimento di determinati interessi pubblici che il mercato da solo non può assicurare (cfr. S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO-M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 11 ss. secondo cui la regolazione deve essere limitata «a quelle forme di ingerenza che non sono esterne al mercato, ma che sono parte del mercato, nel senso che contribuiscono a conformarlo, stabilendo equilibri che attivano interessi, i quali, quindi, si valgono della regolazione come opportunità da sfruttare». In questa prospettiva v. anche G. MARZI-L. PROSPERETTI-E. PUTZU, *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 18. In argomento v. ora L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 77 ss.). Alla definizione ed applicazione di questa disciplina, i cui tratti essenziali sono stabiliti attraverso gli ordinari strumenti di produzione normativa, comunitari e nazionali, possono partecipare autorità indipendenti (anche se non tutte le autorità indipendenti svolgono funzioni di regolazione: cfr. G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 645 ss.) alle quali può essere attribuito il potere di dettare sia regole generali (in argomento cfr., fra gli altri, F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 2004; A. BARBERA, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo: le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997, p. 85 ss.; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 135 ss.; G. DE MINICO, *Antitrust e Consob obiettivi e funzioni*, Padova, Cedam, 1997, p. 227 ss.; Id., *Regole comando consenso*, Giappichelli, Torino, 2004) sia atti a carattere provvedimento (per un complessivo esame degli atti (generali ed individuali) delle autorità di regolamentazione cfr. L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., p. 297 ss.).

² Il terzo pacchetto comprende due direttive (la direttiva 2009/72/CE sul mercato interno dell'energia elettrica e la 2009/73/CE, sul mercato interno del gas), e tre regolamenti (il regolamento n. 713/2009, che istituisce un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia, e i regolamenti n. 714/2009 e n. 715/2009 in materia di accesso alle infrastrutture di trasmissione e trasporto dell'energia elettrica e del gas).

³ Cfr. l'art. 36 della direttiva 2009/72/CE e l'art. 40 direttiva 2009/73/CE.

⁴ Cfr. l'art. 37 della direttiva 2009/72/CE e l'art. 41 direttiva 2009/73/CE.

⁵ Cfr. l'art. 37(4)(d) della direttiva 2009/72/CE e l'art. 41(3)(d) della direttiva 2009/73/CE.

⁶ Regolamento (CE) n. 713/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 che istituisce un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia.

⁷ Cfr. al riguardo gli artt. 34 ss. della direttiva 2009/72/CE e gli artt. 39 ss. della direttiva 2009/73/CE.

⁸ Cfr. l'art. 35 della direttiva 2009/72/CE e l'art. 39 direttiva 2009/73/CE.

nell'esercizio delle funzioni di regolamentazione, non possono sollecitare né accettare istruzioni dirette da alcun governo o da altri soggetti pubblici o privati e devono essere messe in condizione di poter prendere decisioni autonome, in maniera indipendente da qualsiasi organo politico⁹. È infatti evidente che, ove le ANR fossero dipendenti dagli organi politici nazionali e tenute pertanto a seguire gli indirizzi fissati da questi, risulterebbe impossibile garantire la necessaria uniformità nell'attuazione del diritto dell'Unione.

Questo modello ha evidentemente una sua logica. Nessuno può negare che le scelte di fondo in materia di politica energetica debbono essere riservate al legislatore rappresentativo. Tuttavia sono indubbi i vantaggi che derivano dalla separazione tra politica e regolazione, in termini di maggiore stabilità e adeguatezza tecnica della disciplina di mercato, affidata ad organi dotati di specifica competenza nel settore e sottratta ai cambiamenti dovuti alle alternanze delle maggioranze politiche¹⁰.

Il legislatore dell'Unione europea, tuttavia, ha dato attuazione parziale a questo modello. Se da una parte ha rafforzato l'autonomia e l'indipendenza dei regolatori nazionali dagli organi di indirizzo politico, infatti, dall'altra parte continua ad affidare importantissime funzioni di regolamentazione e di vigilanza alla Commissione, che pure è un organo politico. È vero che il sistema dell'Unione garantisce l'indipendenza della Commissione¹¹ e che la stessa opera attraverso apparati amministrativi altamente specializzati con una approfondita conoscenza tecnica del settore. Resta però il fatto che la Commissione risponde del proprio operato dinanzi al Parlamento europeo, il quale può censurarla e esigerne le dimissioni, come è accaduto per il collegio presieduto da *Jacques Santer* a seguito della mozione di censura del 16 marzo 1999. Il Trattato di Lisbona ha del resto rafforzato il carattere «politico» della Commissione, prevedendo che il Presidente della Commissione venga eletto dal Parlamento europeo e che il Consiglio europeo, nel proporre la candidatura, deve tenere conto dei risultati delle elezioni politiche¹². Alla base delle vecchie proposte volte ad istituire un'autorità indipendente per la concorrenza in Europa stava appunto il rilievo che la Commissione, essendo un'istituzione politica, non garantirebbe sufficientemente la neutralità necessaria all'applicazione delle regole *antitrust*¹³. La Commissione, del resto, si è sempre opposta a iniziative volte a circoscriverne i poteri.

L'ambizioso piano di riforma del settore dell'energia presentato lo scorso 30 novembre 2016 dalla Commissione, conosciuto come «*Winter Package*» o «pacchetto energia pulita per tutti gli europei»¹⁴, pur contenendo importanti

⁹ L'indipendenza garantita alle autorità di regolazione dell'energia appare superiore rispetto a quella riconosciuta alle ANR nel settore delle comunicazioni elettroniche, per le quali l'indipendenza riconosciuta dall'art. 3, comma 3 *bis*, direttiva 2002/21/CE (come modificata dalla direttiva 2009/140/CE) «*non osta alla supervisione a norma del diritto costituzionale nazionale*».

¹⁰ Sui vantaggi di questo modello si vedano, oltre alle considerazioni esposte nel testo, le riflessioni di E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, in *questa Rivista*, n. 1/2014.

¹¹ I commissari sono scelti in base alla loro competenza generale e offrono ogni garanzia di indipendenza e non possono ricevere istruzioni da nessun governo o organismo degli Stati membri (articolo 17 TUE).

¹² Cfr. l'art. 17 TUE.

¹³ Cfr. per tutti G. AMATO, *Perché un'Autorità indipendente per la concorrenza in Europa*, in *Contratto e impresa – Europa*, 1997, pp. 512-513; D. WOLF, *Il dibattito su un'Autorità antitrust europea*, in *Contratto e impresa – Europa*, 1997, p. 514 ss.

¹⁴ Il Pacchetto legislativo è introdotto da una comunicazione «*Clear Energy for All Euro-*

innovazioni per completare il mercato interno e rafforzare la produzione e il consumo di energie rinnovabili, non ha eliminato questa “asimmetria”.

Obiettivo del nuovo pacchetto è quello di realizzare gli obiettivi indicati nella tabella di marcia per l’energia 2050¹⁵ e nell’Accordo di Parigi adottato nell’ambito della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, firmato il 22 aprile 2016 e ratificato dall’Unione europea il 5 ottobre 2016. Per realizzare un piano così ambizioso, il pacchetto contiene due proposte di regolamento che riguardano la *governance* dell’Unione in materia di energia e l’Acer.

Le resistenze all’istituzione di una vera autorità di regolazione europea paiono tuttavia ancora insuperabili. Il «*Winter Package*» propone infatti un modello di *governance* caratterizzato dal rafforzamento del ruolo della Commissione, a scapito di quello affidato alla regolazione indipendente.

Una scelta del genere è davvero necessaria, oppure esistono ancora margini per consentire, nel corso dei procedimenti legislativi originati dalla proposta della Commissione, un rafforzamento della regolazione indipendente?

Qui di seguito svolgerò alcune considerazioni per rispondere a questo interrogativo. In primo luogo richiamerò il quadro giurisprudenziale che, secondo una diffusa opinione, impedirebbe la creazione di autorità europee indipendenti di regolamentazione. In secondo luogo farò riferimento all’evoluzione del quadro normativo e giurisprudenziale che, dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, parrebbe consentire un rafforzamento della regolazione indipendente anche in Europa. Infine cercherò di evidenziare alcuni aspetti critici che il modello di *governance* dell’energia proposto con il «*Winter Package*» solleva.

2. La creazione di autorità europee di regolazione tra Meroni e Romano

La creazione di autorità europee di regolazione continua a trovare un forte ostacolo nella cosiddetta dottrina Meroni, in forza della quale eventuali deleghe dalla Commissione ad organismi autonomi possono avere ad oggetto soltanto poteri di esecuzione ben definiti, il cui esercizio sia sottoposto al pieno controllo dell’autorità delegante. La delega di un potere che implica «un ampio margine di discrezionalità», secondo la Corte, finirebbe per violare il principio dell’equilibrio istituzionale previsto dai Trattati¹⁶.

peans» e contiene otto proposte legislative in 4 ambiti: (i) per il mercato elettrico, la proposta di direttiva sulle regole comuni del mercato elettrico europeo, la proposta di revisione del regolamento sul mercato elettrico, la proposta di regolamento per la preparazione al rischio nel settore elettrico, che abroga la Direttiva 2005/89/CE e la proposta di revisione del regolamento per l’istituzione dell’agenzia per la cooperazione dei regolatori dell’energia; (ii) per le fonti rinnovabili, la proposta di revisione della direttiva 2009/28/CE sulle fonti rinnovabili; (iii) per l’efficienza energetica, la proposta di revisione della direttiva 2012/27/CE sull’Efficienza Energetica e la proposta di revisione della direttiva 2010/31/CE sulla prestazione energetica nell’edilizia (accompagnata da una iniziativa europea per l’edilizia), e (iv) per la *governance* la proposta di regolamento sulla *governance* dell’Unione dell’energia.

¹⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle regioni e alla Banca europea per gli investimenti, «*Una strategia quadro per un’Unione dell’energia resiliente, corredata da una politica lungimirante in materia di cambiamenti climatici*», COM(2015) 80 final.

¹⁶ Corte di Giustizia, sentenze 13 giugno 1958, causa 9/56, Meroni c. Alta Autorità, in *Racc.*, 1958, 11, e 13 giugno 1958, causa 10/56, Meroni c. Alta Autorità, in *Racc.*, 1958, 51.

Questa impostazione è stata però adottata in un contesto assai diverso da quello attuale. Si trattava infatti di valutare la compatibilità rispetto al Trattato CECA di una delega dell'Alta autorità in favore di due società private di diritto belga per la regolazione di alcuni aspetti relativi a transazioni su rottami ferrosi. La dottrina Meroni è stata tuttavia costantemente richiamata negli anni successivi come limite al conferimento di poteri alle agenzie, che via via andavano proliferando nel panorama europeo¹⁷, nonostante che la decisione Meroni non facesse affatto riferimento alle agenzie¹⁸.

In particolare, la Commissione ha sempre sostenuto che le varie agenzie europee, comprese quelle che vengono indicate come «agenzie di regolazione», sono soggette ai limiti stabiliti in Meroni. Secondo questa impostazione, le agenzie europee di regolazione «*non hanno il potere di adottare misure normative di tipo generale. Esse possono esclusivamente adottare, in condizioni ben definite e senza un reale potere discrezionale, decisioni individuali in settori specifici in cui è richiesta una particolare competenza tecnica. Inoltre, non possono esercitare poteri suscettibili di influire sulle competenze che il trattato ha esplicitamente attribuito alla Commissione (ad esempio nella sua funzione di custode del diritto comunitario)*»¹⁹.

Un approccio ancor più rigido volto a limitare la possibilità di delegare poteri di regolazione è stato seguito dalla Corte di giustizia nella sentenza Romano²⁰. La questione riguardava i poteri di un ente pubblico, istituito da un regolamento²¹, di imporre alle autorità nazionali di previdenza alcuni criteri per l'applicazione della disciplina europea in materia di pensione di invalidità.

In questa decisione la Corte ha escluso la possibilità di delegare ad organi diversi dalla Commissione e dal Consiglio il potere di adottare atti di natura normativa, sulla base di due argomenti. Il primo è collegato al fatto che l'allora vigente art. 155 TCE (poi divenuto art. 211 TCE) prevedeva la possibilità per Consiglio di delegare poteri di attuazione alla Commissione, non invece ad altri organi. In secondo luogo, il Trattato al tempo prevedeva un controllo giurisdizionale solo sugli atti delle istituzioni, non permettendo quindi la delega di potere a soggetti i cui atti sono sottratti al controllo di legalità.

Questa conclusione lasciava intendere che il divieto sancito in Romano fosse di portata addirittura più ampia di quello contenuto in Meroni. Anche gli atti che non costituiscono esercizio di un «ampio margine di discrezionalità», che pure non incorrono nel divieto sancito in Meroni, ove delegati a soggetti estranei all'apparato istituzionale della Comunità finivano infatti per essere sottratti ad ogni forma di sindacato giudiziale. Questa lettura pare del resto avvalorata dalle conclusioni dell'Avvocato generale Warner nel caso Romano,

¹⁷ Cfr. E. CHITI, *An Important Part of the Eu's Institutional Machinery: features, Problems and Perspectives of European Agencies*, in *CMLREV.*, 2009, p. 1420 ss.

¹⁸ Cfr. le considerazioni di M. CHAMON, *EU Agencies Between Meroni and Romano or the Devil and the Deep Blue*, in *CMLREV.*, 2011, spec. p. 1056 ss.

¹⁹ Cfr. la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio su «*Il futuro delle agenzie europee*», 11 marzo 2008, COM(2008) 135 definitivo. Sulle proposte della Commissione in materia di agenzie europee cfr. F. COMPTE, *Agence européennes: relance d'une réflexion interinstitutionnelle européenne?*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2008, p. 461 ss.

²⁰ Corte di giustizia, sentenza 14 maggio 1981, causa 98/90, Romano contro Institut national d'assurance maladie-invalidité, EU:C:1981:104.

²¹ La Commissione amministrativa delle Comunità europee per la previdenza sociale dei lavoratori migranti, di cui al regolamento del Consiglio n. 574/72.

secondo il quale «l'ipotesi che la Comunità possa istituire un organo amministrativo fornito del potere di adottare provvedimenti giuridicamente vincolanti, ma non soggetti, in quanto tali, al sindacato di questa Corte, mi sembra incompatibile col sistema del Trattato. D'altronde, ho l'impressione che la figura di un organo amministrativo i cui provvedimenti non siano soggetti a controllo giurisdizionale non sia nemmeno compatibile con i principi costituzionali riconosciuti in tutti gli Stati membri e, credo, in tutte le nazioni civili».

Nonostante un orientamento giurisprudenziale così rigido, però, negli ultimi venti anni il legislatore europeo ha creato un numero crescente di agenzie, inducendo alcuni autori a parlare di una vera e propria «agenzificazione»²². Alcune di queste sono chiamate soltanto a fornire pareri non vincolanti alla Commissione²³, altre possono adottare decisioni vincolanti senza l'intervento della Commissione²⁴.

Questa proliferazione di agenzie, in contrasto con la posizione di forte chiusura assunta dalla Corte di giustizia nelle sentenze Meroni e Romano, rende evidente la necessità di un intervento chiarificatore del legislatore.

3. Il Trattato di Lisbona

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha mutato soltanto in parte il quadro di riferimento.

Il primo degli argomenti addotti in Romano per escludere che la Commissione possa delegare poteri alle agenzie era desunto dall'allora vigente art. 155 TCEE, che prevedeva la possibilità di delega solo in favore della Commissione. Sotto questo profilo, però, il Trattato di Lisbona non ha introdotto novità di rilievo. L'art. 290 TFUE prevede infatti che il legislatore possa delegare il potere di adottare atti non legislativi di portata generale soltanto a favore della Commissione. L'art. 291 TFUE consente inoltre la delega di poteri di attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione solo alla Commissione e, in casi specifici, al Consiglio. Queste disposizioni parrebbero dunque precludere al legislatore la possibilità di delegare atti non legislativi di portata generale o atti esecutivi ad agenzie, e tanto meno ad autorità indipendenti di regolazione.

Il secondo argomento impiegato in Romano faceva leva sull'assenza di un controllo giurisdizionale sugli atti delle agenzie. Il Trattato di Lisbona ha però colmato questo vuoto ed aperto la possibilità di una delega di poteri anche a enti diversi dalle istituzioni dell'Unione. Gli artt. 263, 265, 267 e 277 TFUE, infatti, attribuiscono espressamente alla Corte di giustizia giurisdizione su tutti gli atti adottati dagli «organi o organismi dell'Unione».

In definitiva, ad oggi, il TFUE non prevede ancora la possibilità di costituire agenzie o altri organismi indipendenti cui affidare poteri di regolazione, prevedendo tuttavia un controllo giudiziario sugli atti adottati da tali enti. La previ-

²² Cfr. di recente C. Tovo, *Le agenzie decentrate dell'Unione europea*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, p. 3 ss.

²³ Cfr. ad esempio l'Autorità europea per la sicurezza alimentare o l'Agenzia europea del farmaco.

²⁴ Cfr. la classificazione di GRILLER-ORATOR, *Everything under control? The "way forward" for European agencies in the footsteps of the Meroni doctrine*, in *EL Rev.*, 2010, p. 1 ss.

sione di un controllo giurisdizionale anche sugli atti delle agenzie destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi presuppone però, logicamente, la possibilità di conferire poteri alle stesse. Inoltre l'evoluzione del processo di integrazione europea rispetto al periodo in cui furono adottate le decisioni Meroni e Romano è stata talmente radicale, da giustificare un ripensamento dei principi ivi stabiliti alla luce del nuovo contesto di riferimento²⁵.

Nella sentenza Meroni, adottata nel 1958, la Corte era chiamata a verificare la conformità rispetto al Trattato CECA di una singolare delega di poteri a favore di soggetti privati di diritto belga. Il caso Romano fu deciso nel 1981, quando lo sviluppo dello Stato regolatore in Europa²⁶ era appena all'inizio. In quel periodo storico, come è stato efficacemente sottolineato, non era ancora emersa l'esigenza di delegare poteri a organi non menzionati nei Trattati. Questa esigenza è però ben presto emersa con la progressiva espansione delle competenze dell'Unione, per effetto delle revisioni dei Trattati²⁷. Questa espansione ha del resto toccato settori che richiedono una forte competenza tecnica e specializzazione. Di qui la scelta di istituire agenzie o organismi specializzati, con funzioni di supporto della Commissione e talvolta con poteri decisionali autonomi.

La questione relativa al conferimento di ampi poteri discrezionali ad un organo estraneo al sistema istituzionale dell'Unione si è posta nel caso *Schröder*²⁸, con riferimento ai poteri dell'Ufficio comunitario delle varietà vegetali, ma il Tribunale l'ha affrontata sotto il profilo dei limiti al sindacato giurisdizionale esercitabile nei confronti di tale organo, non invece sotto il profilo dei limiti alla delegazione di poteri derivanti dalla giurisprudenza Meroni e Romano.

In mancanza di un intervento decisivo del legislatore, era dunque inevitabile che la Corte di giustizia fosse presto chiamata nuovamente a risolvere il problema relativo alla possibilità, nel mutato contesto dell'Unione europea, di delegare poteri di attuazione del diritto dell'Unione a soggetti diversi dalla Commissione e dal Consiglio.

4. La svolta della Corte di giustizia

La Grande Sezione della Corte di giustizia ha fornito importanti chiarimenti nella sentenza del 22 gennaio 2014, relativa ai poteri dell'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA)²⁹.

Con un ricorso ex art. 263 TFUE, il Regno Unito ha chiesto l'annullamento dell'art. 28 del regolamento sulle vendite allo scoperto³⁰. Tale disposizione au-

²⁵ Cfr. al riguardo le considerazioni di M. CHAMON, *EU Agencies: Does the Meroni Doctrine Make Sense*, in *MJ*, 2010, p. 281 ss.

²⁶ A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000.

²⁷ Cfr. le considerazioni di M. CHAMON, *EU Agencies Between Meroni and Romano or the Devil and the Deep Blue*, cit., spec. p. 1072 ss.

²⁸ Tribunale dell'UE, Settima Sezione, sentenza 19 novembre 2008, causa T-187/06, Ralf Schröder c. Ufficio comunitario delle varietà vegetali.

²⁹ Grande Sezione, 22 gennaio 2014, C-270/12, Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea. Su tale decisione cfr. C.F. BERGSTROM, *Shaping the new system for delegation of powers to EU agencies: United Kingdom v. European Parliament and Council (Shoert Selling)*, in *CMLREV.*, 2015, p. 219 ss.

³⁰ Regolamento (UE) n. 236/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 marzo

torizza l'ESMA a imporre, con provvedimenti di natura vincolante, limitazioni sulle vendite allo scoperto, quando ravvisa «una minaccia all'ordinato funzionamento e all'integrità dei mercati finanziari o alla stabilità di tutto o di parte del sistema finanziario dell'Unione e sussistono implicazioni transfrontaliere». La Corte era chiamata a stabilire se il conferimento di poteri siffatti fosse compatibile con i principi in materia di delega di poteri enunciati nelle sentenze Meroni e Romano.

L'istituzione dell'ESMA si inserisce all'interno di una serie di misure introdotte dal legislatore europeo, a seguito della grave crisi dei mercati finanziari scoppiata nel 2009³¹. Per fronteggiare la crisi, che rischiava di mettere a repentaglio la tenuta complessiva dell'unione economica e monetaria (UEM), vennero introdotti molteplici misure.

In primo luogo vennero adottati strumenti volti a permettere un maggiore coordinamento tra le politiche economiche degli Stati membri e a garantire il rispetto dei vincoli al debito pubblico introdotti con il Patto di stabilità e crescita del 1997³². In questa categoria rientrano il cosiddetto *six pack* (un insieme di misure volte a rafforzare il rispetto del Patto prevedendo – tra l'altro – un semi-automatismo per l'irrogazione delle sanzioni nei confronti dei Paesi che ne violano le regole³³), il «*Fiscal Compact*» (un trattato internazionale sottoscritto il 2 marzo 2012 da 25 dei 27 Stati dell'Unione europea, che prevede tra l'altro l'obbligo delle parti contraenti di inserire nel proprio ordinamento interno – preferibilmente a livello costituzionale – il principio del pareggio di bilancio), e il «*two pack*» (che introduce tra l'altro una procedura di vigilanza rafforzata, nell'ambito della quale gli Stati sono chiamati a sottoporre al controllo della Commissione il progetto di bilancio).

In secondo luogo vennero introdotte misure volte a permettere il salvataggio degli Stati in crisi. Tra queste misure rientrano il meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (MESF), uno strumento di assistenza finanziaria per gli Stati minacciati da gravi difficoltà basato sull'art. 122, comma 2 TFUE, il fondo europeo per la stabilità finanziaria (FESF), uno strumento provvisorio di aiuto finanziario agli Stati dell'eurozona in difficoltà, e il meccanismo europeo di stabilità (MES), costituito nel corso del 2012 in sostituzione del MESF e del FESF come strumento permanente di sostegno finanziario volto a salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso³⁴.

Anche la BCE ha svolto un importante ruolo di sostegno agli Stati più colpiti dalla crisi, mediante operazioni di acquisto di titoli del debito pubblico sul mercato secondario³⁵.

2012, relativo alle vendite allo scoperto e a taluni aspetti dei contratti derivati aventi ad oggetto la copertura del rischio di inadempimento dell'emittente (credit default swap).

³¹ Al riguardo cfr., eventualmente, F. DONATI, *Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2013, p. 337 ss.

³² Rapporto deficit/PIL sotto il 3% e debito pubblico sotto il 60% del PIL.

³³ Le sanzioni sono infatti raccomandate dalla Commissione e si considerano approvate dal Consiglio a meno che esso non la respinga con voto a maggioranza qualificata («maggioranza inversa») degli Stati dell'area euro, senza tenere conto del voto dello Stato interessato.

³⁴ Per una efficace sintesi dei vari strumenti introdotti per affrontare la crisi dell'eurozona cfr. da ultimo C. CARUSO-M. MORVILLO, *Economic governance and budgetary rules in the European context: a call for a new European constitutionalism*, di prossima pubblicazione su *Il Diritto dell'Unione europea*, e ivi un richiamo all'amplessima letteratura sul tema.

³⁵ Il Consiglio direttivo della BCE, nella riunione del 14 maggio 2010, ha approvato il Securities Market Program (SMP), un piano di acquisto sul mercato secondario di titoli statali di debito pubblico dei paesi dell'eurozona. Per effetto di tale decisione, la BCE ha acquistato sul mercato

In questo contesto, il legislatore ha ritenuto indispensabile istituire anche autorità poteri di vigilanza e di intervento sui mercati finanziari, al fine di garantirne il corretto funzionamento e di evitare il ripetersi di pericolose crisi. In questa prospettiva sono state istituite l'Autorità bancaria europea³⁶, l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali³⁷, nonché l'ESMA³⁸.

Il regolamento istitutivo dell'ESMA ha attribuito alla stessa il potere di adottare decisioni individuali nei confronti delle autorità nazionali competenti e dei partecipanti ai mercati finanziari al fine di garantire il corretto funzionamento e l'integrità dei mercati finanziari o la stabilità generale o parziale del sistema finanziario dell'Unione³⁹. L'art. 28 del regolamento n. 236/2012 sulle vendite allo scoperto ha poi attribuito all'ESMA il potere, quando sussiste «una minaccia all'ordinato funzionamento e all'integrità dei mercati finanziari o alla stabilità di tutto o di parte del sistema finanziario dell'Unione e sussistono implicazioni transfrontaliere», 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.

Il Regno Unito, con ricorso ex art. 263 TFUE, ha sostenuto che l'art. 28 del regolamento n. 236/2012 riconosce all'ESMA un potere discrezionale così ampio nello stabilire i presupposti del suo intervento e nella scelta del tipo di misura da adottare, da risultare in netto contrasto con l'equilibrio dei poteri sancito dai trattati, come interpretato dalla Corte in particolare nella giurisprudenza Meroni e Romano.

La Corte di giustizia ha sottolineato in primo luogo che la sentenza Meroni riguarda un caso di delega di poteri a soggetti di diritto privato, mentre l'ESMA «è un ente dell'Unione creato dal legislatore di quest'ultima». Ciò premesso, la Corte, pur riaffermando la perdurante validità dei principi sanciti in Meroni, ha ritenuto che, nel caso di specie, la previsione da parte del legislatore di criteri e condizioni che delimitano l'esercizio del potere affidato all'agenzia sia suffi-

secondario obbligazioni degli Stati dell'eurozona in difficoltà per un importo di circa 210 miliardi di euro. La BCE, nel settembre 2012, ha poi annunciato l'introduzione del programma relativo alle ODM, un meccanismo che consente acquisti illimitati sul mercato secondario di titoli del debito pubblico degli Stati dell'eurozona. L'attivazione di ODM è subordinata all'adesione da parte dello Stato interessato a un programma dell'EFSF o del MES, nonché dall'assunzione da parte dello Stato interessato di misure volte al risanamento finanziario. In tal modo si realizza una forte complementarità tra gli interventi del MES, finalizzati a garantire aiuti agli Stati bisognosi, e quelli della BCE, finalizzati a garantire il corretto funzionamento della politica monetaria. Sul ruolo giocato dalla BCE nella gestione della crisi che ha colpito l'eurozona cfr., tra gli altri, T. BEUKERS, *The New EBC and its Relationship with the Eurozone Member States: Between Central Bank Independence and Central Bank Intervention*, in *CMLREV.*, 2013, p. 1579 ss., il quale evidenzia alcune forzature degli interventi effettuati rispetto alla posizione di indipendenza che il Trattato di Maastricht attribuisce alla BCE.

³⁶ Cfr. il regolamento (UE) n. 1093/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità bancaria europea), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/78/CE della Commissione.

³⁷ Cfr. il regolamento (UE) n. 1094/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/79/CE della Commissione.

³⁸ Cfr. il regolamento (UE) n. 1095/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/77/CE della Commissione.

³⁹ Cfr. gli artt. 8 e 9 del regolamento (UE) n. 1095/2010.

ciente per escludere il conferimento di un «vero potere discrezionale», incompatibile con il TFUE ai sensi della dottrina Meroni. Sotto questo profilo la Corte ha evidenziato, tra l'altro, che la disciplina impugnata prevede un meccanismo procedurale basato sulla consultazione con altre amministrazioni competenti e sull'obbligo di trasmettere alle autorità nazionali competenti interessate la misura di cui si propone l'adozione, con i dettagli della stessa e le motivazioni che la giustificano.

La Corte ha inoltre ritenuto che il nuovo quadro istituzionale dettato dal Trattato di Lisbona permetta di ritenere ormai superati i due ostacoli che, secondo Romano, impedivano al legislatore la delega del potere di emanare «atti di portata generale» a favore di soggetti diversi dalla commissione o dal Consiglio (assenza di controllo giurisdizionale e mancata previsione nei Trattati di un potere di delega a soggetti diversi dal Consiglio e dalla Commissione).

In primo luogo, infatti, il Trattato di Lisbona ha formalmente esteso il controllo di legittimità della Corte di giustizia anche agli atti delle agenzie. Una conclusione analoga per vero era già desumibile dai principi affermati dalla Corte di giustizia a partire dalla sentenza sul caso *Les Verts*⁴⁰. In quella decisione, infatti, la Corte ha ritenuto possibile assoggettare al proprio controllo un atto del Parlamento europeo, nonostante che l'allora vigente art. 164 TCEE prevedesse un controllo di legittimità soltanto sugli atti del Consiglio e della Commissione⁴¹. Le nuove previsioni contenute negli articoli 263, 265, 267 e 277 TFUE, in ogni caso, hanno ormai chiarito che la Corte di giustizia esercita il controllo di legittimità sugli tutti gli atti delle istituzioni e degli organi o organismi dell'Unione, nessuno escluso, destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi.

In secondo luogo, anche se i Trattati non contengono alcuna disposizione che consenta di attribuire competenze a un organo o a un organismo dell'Unione, un'interpretazione sistematica degli stessi permette di ritenere che la delega di poteri a favore dell'ESMA contenuta nell'art. 28 del regolamento sulle vendite allo scoperto non può essere ritenuta illegittima. In particolare, «pur essendo vero che i trattati non contengono alcuna disposizione che consenta di attribuire competenze a un organo o a un organismo dell'Unione», la previsione di un controllo giurisdizionale della Corte di giustizia tutti gli «organi» e gli «organismi» dell'Unione presuppone l'esistenza di una siffatta possibilità⁴². La Corte ha poi aggiunto che l'articolo 28 del regolamento n. 236/2012 fa parte di un insieme di disposizioni volte a dotare le autorità nazionali competenti e l'ESMA di poteri di intervento per fronteggiare gravi crisi finanziarie, attraverso la possibilità di imporre restrizioni temporanee alla vendita allo scoperto di taluni titoli finanziari o alla conclusione di contratti derivati aventi ad oggetto la copertura del rischio di inadempimento dell'emittente

⁴⁰ Corte di giustizia, sentenza 23 aprile 1986, *Parti ecologiste «Les Verts» c. Parlamento europeo*, causa 294/83.

⁴¹ *La Corte ha affermato in questa decisione che «la Comunità economica europea è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato».*

⁴² Di qui la conclusione che «il quadro istituzionale stabilito dal Trattato FUE – in particolare agli articoli 263, primo comma, TFUE e 277 TFUE – consente espressamente agli organi e agli organismi dell'Unione di adottare atti di portata generale» (Grande Sezione, 22 gennaio 2014, C-270/12, Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea, punto 65).

(credit default swap) o ad altre operazioni. Questi enti, sottolinea la Corte di giustizia, «dispongono di un elevato livello di perizia professionale e collaborano strettamente nel perseguimento dell'obiettivo di stabilità finanziaria all'interno dell'Unione».

In definitiva, la Corte di giustizia ha ritenuto possibile l'attribuzione ad un organo o organismo dotato di un elevato livello di perizia professionale di poteri siano volti al perseguimento di fini di interesse generale, stabiliti dal legislatore dell'Unione, sulla base di criteri e condizioni tali da evitare un eccessivo margine di discrezionalità nel loro esercizio.

In tal modo la Corte di giustizia ha definitivamente chiarito che le sentenze Meroni e Romani non sono più invocabili per impedire la creazione di un'autorità europea indipendente di regolazione⁴³.

5. Il Winter Package

L'attuale quadro normativo europeo, quale emerge dal cosiddetto terzo pacchetto, delinea un sistema di *governance* fondato su due pilastri, le autorità indipendenti (ANR e ACER) e la Commissione europea, con un equilibrio tutto a favore del secondo, perché la Commissione continua indubbiamente a svolgere il ruolo di guida sia nella definizione degli obiettivi di politica energetica sia nelle scelte di natura regolatoria in materia.

L'ACER non rappresenta un mero braccio operativo della Commissione. Si tratta, infatti, di un organismo indipendente, istituito al fine di assicurare l'uniformità delle funzioni di regolazione svolte dalle autorità nazionali⁴⁴, che ha rappresentato un decisivo salto di qualità rispetto al Gruppo dei regolatori europei per il gas e l'elettricità istituito nel 2003⁴⁵.

Molti avevano auspicato che l'istituzione dell'ACER potesse essere considerata come un passaggio verso la creazione di un regolatore europeo indipendente dell'energia. Sotto questo profilo, tuttavia, le nuove proposte non solo non contengono alcuna novità, ma addirittura sembrano fare un passo indietro: anziché muovere verso la regolazione indipendente, mirano a un ulteriore rafforzamento della Commissione.

Il ruolo centrale della Commissione emerge con nettezza dalla proposta di regolamento sulla *governance* europea dell'energia, che prevede un forte potere di controllo e di guida della Commissione sulle scelte strategiche degli Stati membri in materia di energia. In particolare, gli Stati sono tenuti a sottoporre i piani nazionali per il clima e i piani nazionali per le rinnovabili e l'efficienza energetica alla Commissione, la quale può inviare raccomandazioni e controllarne l'attuazione⁴⁶.

⁴³ Sulla questione relativa alla possibilità e ai limiti della delega di poteri di regolazione ad amministrazione europee, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia e dei contributi dottrinali in materia, cfr. da ultimo M. SIMONCINI, *Administrative Regulation Beyond the Non-Delegation Doctrine. A Study on EU Agencies*, Hart, 2018.

⁴⁴ Art. 1, comma 2, regolamento n. 713/2009/CE.

⁴⁵ Cfr. la decisione della Commissione dell'11 novembre 2003 che istituisce il gruppo dei regolatori europei per il gas e l'elettricità (2003/796/CE), in GUCE 14 novembre 2003, L 296/34.

⁴⁶ Cfr. al riguardo, eventualmente, F. DONATI, *La Roadmap 2050 e la governance europea dell'Energia*, in *questa Rivista*, 2014.

Dall'altro lato, la proposta di regolamento sull'ACER⁴⁷ continua a configurare tale organo essenzialmente come centro di coordinamento delle ANR, anziché come vera e propria autorità europea di regolazione. La nuova proposta, inoltre, depotenzia sotto certi profili i poteri dell'ACER ed assoggetta la stessa ad un maggior controllo della Commissione. In particolare, viene previsto un rafforzamento delle competenze del consiglio d'amministrazione e del direttore dell'ACER, a scapito di quelle del comitato dei regolatori, ed una riduzione della garanzia di indipendenza dei membri del consiglio d'amministrazione e del direttore. Nella nuova proposta, infatti, il divieto per i membri del consiglio d'amministrazione di sollecitare o di accettare istruzioni dalla Commissione viene espressamente abrogato⁴⁸.

La Commissione, in sostanza, ha proposto un disegno di riforma volto a rafforzare il proprio ruolo nella *governance* europea dell'energia.

6. Considerazioni conclusive

L'assetto di *governance* che emerge dal cosiddetto «*Winter Package*» è soddisfacente, oppure è auspicabile un rafforzamento della regolazione indipendente?

Un esempio delle distorsioni che possono discendere dall'ingerenza politica su scelte che, per la materia cui accedono, dovrebbero essere rimesse alla regolazione indipendente, è offerto dal caso Europa Way e Persidera, recentemente deciso dalla Corte di giustizia⁴⁹.

La questione riguarda le procedure per l'assegnazione delle frequenze televisive in Italia, nell'ambito del passaggio dall'analogico al digitale terrestre⁵⁰. L'iniziale disciplina fissata dall'AGCom, che prevedeva l'assegnazione gratuita delle frequenze all'esito di una procedura di «*beauty contest*», prevedeva l'attribuzione a titolo gratuito di alcuni *multiplex* a piccoli operatori e nuovi entranti sul mercato. Tale disciplina è stata dapprima sospesa⁵¹, e poi sostituita

⁴⁷ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (rifusione), Bruxelles, 23 febbraio 2017, COM(2016) 863 *final*/2.

⁴⁸ Cfr. il nuovo art. 19, comma 6, introdotto dalla proposta di regolamento in esame, che elimina per i consiglieri di amministrazione il divieto di sollecitare e accettare istruzioni politiche. In nuovo art. 23, comma 6 della proposta mantiene invece, per il solo comitato dei regolatori, l'obbligo di agire «*in piena autonomia, senza chiedere né accettare istruzioni da parte dei governi degli Stati membri, dalla Commissione o da un altro soggetto pubblico o privato*».

⁴⁹ Corte di giustizia, Quarta sezione, sentenza 26 luglio 2017, causa C-560/15, Europa Way s.r.l. e Persidera S.p.A. c. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e altri. Nello stesso giorno la Corte di giustizia si è pronunciata anche su una diversa causa relativa a un rinvio pregiudiziale di cui è parte Persidera (causa C-112/16, Persidera S.p.A. c. Autorità per le garanzie nelle comunicazioni), anch'essa relativa all'assegnazione delle frequenze televisive in Italia, nell'ambito del passaggio dall'analogico al digitale terrestre. Questa seconda causa riguarda le modalità di assegnazione di otto *multiplex* e, in particolare, l'attribuzione a Rai e Mediaset di due *multiplex* ciascuna, a dispetto dell'unico *multiplex* assegnato a Persidera. La questione attiene alla compatibilità del fattore di conversione di frequenze applicato in Italia con i principi di non discriminazione, trasparenza, libertà di concorrenza e proporzionalità.

⁵⁰ La maggiore efficienza della tecnologia digitale (che permette trasmissione simultanea di più programmi su una stessa radiofrequenza) rispetto a quella analogica ha reso disponibili una serie di radiofrequenze (il cosiddetto «dividendo digitale»).

⁵¹ Decreto del Ministero dello Sviluppo economico 20 gennaio 2012.

dal Governo con procedura di selezione pubblica onerosa⁵². La Corte di Giustizia, nel giudizio di rinvio ex art. 267 TFUE, ha riconosciuto che un intervento del Governo volto a sospendere la procedura di assegnazione delle frequenze e a cambiarne le regole, contrasta con la disciplina europea in materia di comunicazioni elettroniche, che affida le funzioni di regolamentazione del mercato televisivo ad una autorità amministrativa indipendente dal potere politico⁵³.

In particolare, la Corte di giustizia ha sottolineato che il legislatore europeo ha ritenuto necessario garantire ciascuna ANR contro «*qualsiasi intervento esterno o pressione politica che potrebbe compromettere la sua imparzialità di giudizio nelle questioni che è chiamata a dirimere*».

Considerazioni del genere, dettate con specifico riferimento alla disciplina sulle comunicazioni elettroniche, valgono evidentemente anche per il settore dell'energia, dove la disciplina del 2009 ha espressamente tutelato l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione dalle ingerenze di ogni potere, sia esso economico o politico.

La mancata previsione nel sistema dell'Unione di organi corrispondenti alle ANR non significa il disconoscimento – a livello europeo – di quelle esigenze che hanno giustificato la previsione a livello nazionale di tali figure. Del resto l'art. 16 TFUE prevede che il controllo sul rispetto delle regole in materia di protezione dei dati di carattere personale sia affidato a autorità indipendenti. Il diritto dell'Unione presuppone inoltre, in determinati campi, che l'esercizio dei poteri di regolazione o di vigilanza venga attribuito a organi dotati di indipendenza e specifica competenza tecnica. La BCE ne è un emblematico esempio. La recente disciplina dell'Unione, del resto, ha ritenuto necessario affidare importanti funzioni di vigilanza e di intervento sui mercati finanziari ad autorità dotate di specifica competenza tecnica, poste al riparo da pressioni di carattere politico.

Appare quindi un paradosso che, mentre il diritto dell'Unione impone agli Stati membri di affidare a autorità specializzate dotate di adeguata indipendenza le funzioni di regolazione per l'attuazione del quadro normativo in materia di energia, sul piano europeo le funzioni di regolamentazione rimangano affidate alla Commissione.

È dunque auspicabile una modifica del sistema di *governance* nel campo dell'energia prefigurato dal cosiddetto «*Winter Package*», nel senso di un rafforzamento della regolazione indipendente.

⁵² Art. 3 *quinquies* del d.l. 2 marzo 2012, n. 16 – Disposizioni urgenti in materia di semplificazioni tributarie, di efficientamento e potenziamento delle procedure di accertamento – convertito nella legge del 26 aprile 2012, n. 44.

⁵³ La Corte ha osservato a tal riguardo che l'indipendenza di una autorità «*sarebbe compromessa se fosse consentito ad enti esterni, quali il Ministro dello Sviluppo economico italiano ed il legislatore italiano nel procedimento principale, di sospendere o persino di annullare, al di fuori delle ipotesi di supervisione e di ricorso di cui all'articolo 3, paragrafo 3 bis, primo comma, della direttiva quadro, una procedura di selezione per l'assegnazione delle radiofrequenze in corso di svolgimento organizzata sotto la responsabilità della citata autorità*» (par. 56) e che «*pertanto, la necessità di garantire l'indipendenza delle ANR osta a simili interventi*» (par. 57).