

La *governance* in tema di esenzioni nel  
quadro della regolazione e della politica  
infrastrutturale energetica

Eugenio Bruti Liberati

# Esenzioni: modelli regolatori e governance

- L'attuale configurazione dell'istituto delle esenzioni è emblematica dell'evoluzione intervenuta nel modello di regolazione (o più in generale di intervento pubblico) proprio del settore delle infrastrutture energetiche e dell'impatto che esso ha sul sistema di *governance* istituzionale

# Le esenzioni come strumento di conformazione del mercato

- Lo spazio oggi riconosciuto alle esenzioni *piene* dal sistema dell'accesso regolato (e dell'unbundling) appare fortemente ridotto: non solo le esenzioni vengono accordate con maggiore difficoltà rispetto al passato ma anche e soprattutto vengono sottoposte a condizioni e limiti che ne fanno uno strumento di conformazione (più che di regolazione) del mercato

# Lo sviluppo pianificato delle infrastrutture energetiche

- Se in origine le esenzioni – e in generale il sistema del TPA- rispondevano (o comunque potevano essere ricondotte) ad una logica concorrenziale e di regolazione di mercato, oggi esse appaiono invece inserite in un disegno di direzione pubblica e di pianificazione dello sviluppo e della gestione delle infrastrutture energetiche

# Le ricadute sul piano della *governance*

- Non può quindi stupire che a livello UE la Commissione – con la sua natura ambivalente ma largamente politica- abbia rafforzato il suo ruolo dominante in tema di esenzioni e invece l'ACER stenti ad assumere una posizione di rilievo nei relativi processi decisionali
- Né può sorprendere che in sede nazionale la competenza decisoria spetti ancora al MSE, e all'AEEGSI competa, *almeno sul piano formale*, un ruolo solo consultivo

# L'oggetto dell'intervento

- Oggetto di questo intervento sono appunto i caratteri che le decisioni sull'essenzione sono venute assumendo nella prassi e nella normativa e i nessi tra gli stessi e l'assetto di *governance* istituzionale preposto all'assunzione di tali scelte
- L'obiettivo è ovviamente di chiarirne la logica e i profili problematici e di valutarne anche i possibili sviluppi futuri



# Regolazione, pianificazione e direzione pubblica del mercato

- E' un dato pacifico che, anche a seguito della crisi iniziata nel 2008 e del connesso tramonto delle visioni liberiste, la regolazione del mercato dell'energia, come anche quella di altri mercati di pubblico interesse, ha assunto caratteri fortemente finalistici e si è largamente accompagnata ad interventi di pianificazione e di direzione pubblica

# L'uso dirigistico degli strumenti di regolazione

- Secondo autorevoli ricostruzioni politologiche (Thatcher), anche misure di regolazione a suo tempo introdotte per fini pro-concorrenziali sono divenute strumenti di politica industriale, attraverso cui le istituzioni europee e nazionali mirano non tanto a garantire il corretto funzionamento del mercato quanto piuttosto a conformarlo e ad indirizzarlo verso esiti da esse prescelti



# L'evoluzione dell'istituto

- Tale sembra essere in parte anche la parabola del TPA e della connessa disciplina sulle esenzioni
- Nato dal diritto antitrust come sviluppo della *essential facilities doctrine*, il diritto di accesso come regolato dalla disciplina sull'energia si è poi allontanato dalla sua originaria logica pro-competitiva fino a divenire oggi un tassello della più complessiva strategia di governo pubblico delle infrastrutture energetiche



# Un TPA generalizzato

- Senza poter qui rifare analiticamente la storia dell'evoluzione dell'istituto, basti notare che, contrariamente a quanto avviene per il diritto antitrust e anche in altri settori regolati (come le comunicazioni elettroniche), nel caso dell'energia l'obbligo di consentire l'accesso dei terzi è stato imposto anche a gestori privi di qualsiasi potere di mercato e anche rispetto a infrastrutture certamente duplicabili



## E il suo bilanciamento con l'esenzione

- L'istituto dell'esenzione è stato creato certo – com'è ben noto- per non disincentivare la realizzazione di nuove infrastrutture ma anche per porre in una certa misura rimedio a tale *mancaanza di asimmetria della regolazione energetica*: l'esenzione doveva consentire ai *new comers* in grado di realizzare infrastrutture duplicabili di trarre vantaggio sul piano concorrenziale di tale loro capacità

# I primi orientamenti della prassi

- Tale finalità implicava una certa larghezza nel rilascio delle esenzioni e nella definizione delle relative condizioni in ogni caso in cui la nuova infrastruttura dovesse essere realizzata (e usata) da un *new comer* e fosse appunto duplicabile, così da risultare funzionale alla promozione della concorrenza (oltre che alla sicurezza del sistema)
- E così infatti si presentavano le prime decisioni in materia di esenzione

# E gli sviluppi successivi

- La Commissione europea è peraltro andata, nella sua prassi successiva e nei suoi *working paper* di carattere generale, in una direzione ben diversa
- L'esenzione è stata infatti configurata come un'eccezione da intendersi restrittivamente e da sottoporre a *condizioni* tali da ricondurre comunque le infrastrutture esentate a un disegno di sviluppo rimesso non a logiche decentrate di concorrenza ma ad una direzione pubblica



# L'orientamento restrittivo della Commissione

- Oltre alle esplicite indicazioni contenute nel *working paper* del 2009, rilevano qui in particolare le decisioni della Commissioni che hanno fortemente irrigidito il requisito c.d. della necessità e quelle che hanno imposto ai proponenti un determinato dimensionamento dell'investimento infrastrutturale

# L'irrigidimento della regola della necessità

- Tra le prime ricordo ad esempio le decisioni sui casi Damborice (riguardante un impianto di stoccaggio nella Repubblica Ceca) e Tarvisio-Arnoldstein (relativa ad una linea di interconnessione elettrica tra Italia e Austria), entrambe del 2011
- In entrambe la Commissione ha annullato la decisione nazionale favorevole all'esenzione dal TPA ritenendo che il livello dei rischi insito nell'investimento non giustificasse la stessa

# E le decisioni conformative del mercato infrastrutturale

- Ancora più significativa è d'altra parte la decisione inerente al Caso BritNed del 2007 (relativa ad un interconnettore elettrico tra GB e Olanda), in cui la Commissione ha di fatto condizionato l'esenzione ad una *review* della capacità da realizzare, assumendo che quella proposta dai realizzatori fosse sub-ottimale e comportasse per gli stessi ricavi troppo elevati



# Esenzioni e sviluppo infrastrutturale pianificato

- La distanza da una logica meramente pro-concorrenziale è evidente: la Commissione non si preoccupa solo di verificare che il progetto per cui si chiede l'esenzione rafforzi la competizione (oltre che la sicurezza delle forniture) ma anche che lo stesso abbia caratteristiche tali da contribuire allo sviluppo del sistema infrastrutturale che essa reputa preferibile



# Non valutazioni di merito

- Non si vuole qui criticare nel merito tale impostazione: è senz'altro possibile che essa fosse necessaria o comunque opportuna per accelerare il completamento del mercato comune e per garantire la sicurezza del sistema
- E del resto essa è stata indirettamente avallata dal Terzo Pacchetto, attraverso sia la previsione del c.d. market test sia il rafforzamento dei poteri della stessa Commissione

## Nessi tra i contenuti anche politici delle esenzioni e il sistema di governance

- E' bene peraltro tenere ben presente che tali sono i caratteri dell'approccio con cui l'istituto dell'esenzione trova oggi applicazione perché questo concorre a spiegare anche l'assetto istituzionale preposto alle relative decisioni a livello sia UE che nazionale, con un ruolo degli organi politici che trova proprio nel carattere sopra evidenziato delle decisioni sull'esenzione la sua spiegazione più ovvia



# La competenza decisionale del MSE

- Non sembra un caso che taluni governi nazionali abbiano preteso e ottenuto che il 3° Pacchetto prevedesse la possibilità che il potere decisionale in tema di esenzioni venisse attribuito ad organi governativi anziché ai regolatori indipendenti, né che il legislatore italiano abbia poi in effetti assegnato tale competenza al MSE (riservando ad AEEGSI un ruolo solo consultivo)



# E il rafforzamento dei poteri della Commissione

- Né sembra un caso che sempre con il 3° Pacchetto la Commissione abbia ottenuto un rafforzamento dei suoi poteri in tema di esenzione e forse anche che all'ACER sia stato al riguardo assegnato un ruolo meramente “eventuale”

# Ancora sul nesso tra scelte di governance e politica infrastrutturale

- E' ragionevole ipotizzare che entrambe tali scelte si spieghino con la volontà della Commissione e di taluni governi nazionali di collocare le decisioni sull'essenziale nel quadro delle loro scelte di policy in materia di infrastrutture energetiche



# Il ruolo del MSE nei fatti (1)

- Non appare in contrasto con tale spiegazione la circostanza che in concreto, in Italia, il MSE abbia poi mostrato un certo self-restraint nel definire il suo spazio di intervento nelle procedure di esenzione:
- 1) lasciando o anche affidando all'AEEGSI il compito di concordare con le ANR di altri Stati il contenuto delle relative decisioni anche quando tali altre ANR abbiano una competenza decisoria (e non solo consultiva)



## Il ruolo del MSE nei fatti (2)

- 2) e anche lasciando apparentemente campo libero all'AEEGSI quanto alla disciplina del market test (che pure il d.lgs. n. 93/2011 affiderebbe anche allo stesso MSE)
- Il punto è che la competenza decisionale di cui è titolare consente comunque al MSE di incidere sulle relative scelte quando lo ritenga opportuno per renderle conformi (o almeno sensibili) ai suoi orientamenti di politica infrastrutturale o industriale





# La Commissione, i suoi poteri rinforzati e i (mancati) orientamenti (1)

- Quanto alla Commissione, che può ora adottare direttamente decisioni vincolanti sull'esenzione (e non più solo chiedere ai decisori nazionali di modificare o annullare la loro decisione) e può farlo prescindendo dalla procedura di comitologia, essa avrebbe il compito (facoltativo) di definire orientamenti anche in tema di procedure di esenzione



# La Commissione, i suoi poteri rinforzati e i (mancati) orientamenti (2)

- Tali orientamenti procedurali sarebbero assai opportuni per dirimere alcuni dubbi, particolarmente significativi laddove (come nel caso italiano) la competenza decisionale spetti ad organi ministeriali (dubbi che ad esempio la vicenda TAP ha ben evidenziato)

# La Commissione, i suoi poteri rinforzati e i (mancati) orientamenti (3)

- E non si è forse troppo maliziosi nel supporre che il ritardo nella loro adozione dipenda anche dallo scarso entusiasmo della Commissione per la definizione di regole che non potrebbero che formalizzare un qualche ruolo di ACER nelle procedure in questione

# Un correttivo possibile: il parere dell'ACER (1)

- Se si guarda ai possibili miglioramenti da apportare all'assetto sopra esposto, il primo correttivo sembra attenersi proprio al rafforzamento del ruolo dell'ACER
- Oggi la normativa del 3° Pacchetto prevede che l'eventuale parere di ACER debba intervenire molto presto (due mesi dopo la proposizione della richiesta di esenzione) e comunque *prima* della decisione delle autorità nazionali



# Un correttivo possibile: il parere dell'ACER (2)

- Tale parere, dunque, da un lato non può basarsi su preve valutazioni dei regolatori nazionali, dall'altro sembra palesemente volto a indirizzare e a condizionare le scelte dei medesimi
- Sarebbe invece opportuno che il parere di ACER fosse reso *dopo* la decisione delle autorità nazionali, così da divenire piuttosto una base per la decisione finale della Commissione

# Un correttivo possibile: il parere dell'ACER (3)

- Tale variazione, che evidentemente richiederebbe una modifica delle norme dettate nel 2009, avrebbe il pregio di ridurre l'arbitrarietà delle decisioni della Commissione e di poter forse contenere (non certo eliminare) la sua propensione a fare delle esenzioni uno strumento della sua politica infrastrutturale

# Il sindacato giurisdizionale sulle decisioni della Commissione

- Significativo sotto questo profilo è anche che sulle decisioni di esenzione della Commissione inizi ad operare più incisivamente il sindacato giurisdizionale (come in effetti è di recente avvenuto: v. la sentenza del Tribunale UE, IV sez., 6/9/2013, causa T-465/2011, *Globula*, relativa al sopra citato caso *Damborice*)

# Ancora su AEEGSI e MSE

- A livello nazionale tale effetto di contenimento del decisore politico è già determinato dal ruolo consultivo (e, nei fatti, più che consultivo) riconosciuto ad AEEGSI
- E semmai si tratta di rendere più trasparentemente partecipate le procedure decisionali del MSE (esigenza del resto generale e non certo limitata al caso delle esenzioni)



# In un futuro non prossimo (1)

- In una prospettiva di più lungo termine si può immaginare che arriverà prima o poi il momento in cui le competenze decisionali in tema di esenzione saranno attribuite ai regolatori indipendenti: all'AEEGSI in Italia e a un'ACER divenuta Autorità a livello europeo

## In un futuro non prossimo (2)

- Ma certo, come si è cercato di evidenziare, tale sviluppo presuppone che la disciplina del TPA e dell'esonero torni ad essere improntata ad una logica più di mercato
- Il che difficilmente potrà accadere prima che il mercato energetico europeo ricominci a svilupparsi e a crescere: sino ad allora un approccio dirigistico e più politico godrà di un largo consenso, anche da parte delle imprese (come ben mostra il caso OLT)