CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
presentate il 20 ottobre 2009[1]

I — Introduzione

1. Agli albori dello Stato previdenziale taluni settori economici furono sottratti alla logica del mercato al fine di ridurre la distanza fra lo «spazio vitale dominato» e lo «spazio vitale effettivo»[2]. In nome di valori non strettamente economici — consacrati nella classica nozione giuridica continentale di servizio pubblico — si intensificò l'intervento statale in determinati ambiti, si crearono monopoli e si rafforzò la regolamentazione.

2. A partire dall'Atto unico europeo, quando si insediò «sull'altare delle idee politiche» un nuovo idolo, la concorrenza, il servizio pubblico si erge quale ostacolo che occorre superare a vantaggio di una liberalizzazione in cui si ripone ogni speranza[3].

3. L'instaurazione di un mercato aperto costituisce il primo passo di questa politica, tuttavia, dopo l'eliminazione delle barriere permangono certi bisogni cui il mercato non è in grado di rispondere da solo. Nasce così un intervento pubblico, sotto forma di «servizi di interesse generale» e di «obblighi di servizio pubblico», che le autorità impongono alle imprese dei settori liberalizzati per salvaguardare gli interessi pubblici il cui soddisfacimento, essendo irrinunciabile, non può essere lasciato al libero gioco delle forze del mercato.

4. La grande sfida del diritto dell'economia attuale si basa nel circoscrivere dette azioni pubbliche. Finora ciò ha avuto rilievo solamente in relazione alla sussistenza di diritti esclusivi o al finanziamento dei menzionati servizi, ma raramente con riferimento agli obblighi di servizio pubblico. Precisamente su questo aspetto specifico verte la questione pregiudiziale sottoposta nella fattispecie di cui trattasi.

5. Dal XIX secolo il gas riveste un'importanza particolare per lo sviluppo delle società

1 — Lingua originale: lo spagnolo.

2 — Terminologia coniata da Forsthoff nella sua teoria sulla «assistenza esistenziale» (Daseinvorsorge) [Forsthoff, E., *Sociedad Industrial y Administración Pública,* Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967 (1958)].

3 — Come ha magistralmente posto in evidenza Fernández, T.R., in «Del servicio púbblico a la liberalización desde 1950 hasta hoy», *Revista de Administración Pública,* n. 150, settembre-dicembre 1999, pagg. 57-73.

moderne. La letteratura rispecchia la diffidenza suscitata dal gas in un primo momento[4] e l'impatto causato successivamente[5], fino alla sua integrazione nella vita quotidiana, come sottolineato da Pérez Galdós[6]. La direttiva 2003/55/CE[7] prevede l'apertura totale del mercato del gas a partire dal 1º luglio 2007 e il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia chiede se, dopo tale data, è possibile che le autorità italiane partecipino eccezionalmente alla fissazione dei prezzi di fornitura del gas in una situazione di fatto di assenza di concorrenza.

6. Se il servizio pubblico è definibile, come ricordato dal Conseil d'État francese[8], quale «prolungamento del mercato con altri mezzi, quando il mercato fallisce, e non viceversa», in una congiuntura di deterioramento della concorrenza lo Stato dovrebbe intervenire al fine di rimediare alle conseguenze di tale crisi. L'azione pubblica nel mercato, tuttavia, deve essere circoscritta, in modo da non posporre sine die la vera liberalizzazione, orientandosi nel senso della tutela dei diritti dei consumatori.

4 — Alexandre Dumas, nel suo romanzo «La mujer del collar de terciopelo» [«La dama dal nastro di velluto»], *Mil y un fantasmas*, Editorial Valdemar, Madrid, 1996, pag. 20, narra nel 1846 che «Nodier provava ripugnanza verso tutte le invenzioni — il gas lo faceva andare fuori di sé, il vapore lo esasperava; vedeva avvicinarsi la fine del mondo nella distruzione dei boschi e nell'esaurimento delle miniere di carbone [libera traduzione]».

5 — Una delle prime applicazioni del gas fu realizzata dal francese Montgolfier, il quale fece sollevare i suoi famosi palloni aerostatici sfruttando la leggerezza dell'idrogeno:
nel 1833 Mariano José de Larra scrisse tre articoli con il medesimo titolo, «Ascensión aerostática», *Articulos completos*, Ed. RBA e Instituto Cervantes. Nel primo, pagg. 482 e segg.., riferisce il tentativo dello spagnolo García Rozo di fare volare una mongolfiera nel parterre del parco del Retiro di Madrid il 28 aprile 1833, in presenza dei Reali e dinanzi aspettative straordinarie. L'eperienza fallì per varie circostanze e a causa della pioggia. Nel secondo articolo, pagg. 546 e segg., la narrazione s'incentra in un nuovo tentativo di García Rozo nella Plaza de Oriente, alcuni giorni più tardi, quando non riuscì a gonfiare la mongolfiera, ripetendosi la scena di Don Chisciotte e Sancho, quando, montato Clavileño, credevano di stare viaggiando nella regione del fuoco al lieve soffio dei mantici della casa del Duca. Nel terzo, non raccolto nell'opera citata, più breve, si narra nuovamente il fiasco della Plaza de Oriente.
In seguito il gas appare come una conquista dei tempi moderni:
José Maria Eça de Queirós, in «La Reliquia», *Obras Completas*, trad. di Julio Gómezde la Serna, Ed. Aguilar, Madrid, 1954, vol. I, pagg. 179 e segg, fa dire al protagonista «Avevo forse irrimediabilmente perso la mia individualità di Raposo, di cattolico, di studioso, contemporaneo del Times e del gas, per divenire un uomo dell'antichità, coetaneo di Tiberio? [libera traduzione]».
Infine, il gas diviene parte della quotidianità, illuminando le strade e le abitazioni:
Irene Nemirovsky, in *El Baile* (trad. di Gema Moral, Ed. Salamandra, Barcellona, 2006, pag. 14), narra che la madre di Antoinette, la protagonista, leggeva romanzi seduta alla luce di un grande lampadario a forma di globo di vetro smerigliato, in cui brillava l'impetuoso getto del gas; e a pag. 53 menziona che Antoinette, una sera all'imbrunire a Parigi, incontra il lampionaio, che toccava ad uno ad uno i lampioni con la sua lunga pertica, accendendoli immediatamente.
Recentemente Ana María Matute, vincitrice dei premi Planeta, Nadal e Café de Gijón e candidata al Nobel, in *Paraíso inhabitado* (Ed. Destino, Barcellona, 2008, pag. 11), ha fatto riferimento al lampionaio che, all'avvicinarsi della sera negli anni precedenti alla seconda Repubblica spagnola, «accendeva via via con una lunga pertica piccole fiamme azzurrognole, tremolanti, nei lampioni a gas [libera traduzione]».

6 — M. del C. Simón Palmer, «El gas en la obra de Galdós», *Actas del IV Congreso internacional de estudios galdosianos de 1990*, edite da Cabildo Insular de Gran Canaria, Las Palmas, 1993, vol II, pagg. 565 e segg., raccoglie numerosi brani degli Episodios Nacionales, di Fortunata y Jacinta, di Tormento,de La desheredada e di Doña Perfecta.

7 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 98/30/CE (GU L 176, pag. 57).

8 — «Rapport public du Conseil d'État, 1994, Considérations générales: Service public, services publics: déclin ou renouveau», *Etudes et Documents*, n. 46, Parigi, 1995.

II — Contesto normativo

A — *Il diritto comunitario: la direttiva 2003/55*

7. La direttiva 2003/55 [in prosieguo anche: la «direttiva»] si propone la realizzazione del mercato interno del gas naturale.

8. Conformemente al suo secondo «considerando», l'esperienza acquisita con la direttiva 98/30/CE[9], cui la direttiva del 2003 deroga, dimostra i vantaggi che deriverebbero dall'instaurazione di detto mercato, segnalando che permangono carenze rilevanti e che si potrebbe migliorare il suo funzionamento, specialmente con «misure concrete per garantire parità di condizioni e per ridurre il rischio di posizioni dominanti nel mercato e di comportamenti predatori (...) assicurando la tutela dei diritti dei clienti piccoli e vulnerabili».

9. Il diciottesimo «considerando» della direttiva 2003/55 contempla uno degli elementi essenziali del processo di liberalizzazione: la libera scelta del fornitore da parte dei consumatori di gas. Per raggiungere tale obiettivo la direttiva adotta un approccio graduale, con un termine ultimo, al fine di consentire alle imprese di adeguarsi e garantire la tutela degli interessi dei consumatori e il loro diritto, reale e effettivo, di scegliere un fornitore.

10. Il ventiseiesimo «considerando» si riferisce alle decisioni degli Stati membri per conseguire «nella Comunità» elevati livelli qualitativi «di pubblico servizio», precisando che dovrebbero essere regolarmente comunicate alla Commissione e che variano «a seconda dei nuclei familiari e delle piccole e medie imprese». Il ventisettesimo «considerando» menziona il servizio pubblico, «elemento fondamentale» della direttiva, che deve definire «standard minimi comuni (...) che tengano conto degli obiettivi della protezione dei consumatori, della sicurezza dei rifornimenti, della tutela dell'ambiente e di livelli equivalenti di concorrenza in tutti gli Stati membri», sottolineando poi che tali requisiti vanno interpretati tenendo conto delle circostanze nazionali e fatto salvo il rispetto del diritto comunitario.

11. Conformemente all'art. 2, n. 25, con «clienti civili» la direttiva intende i clienti che acquistano gas naturale per il proprio

9 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 22 giugno 1998, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale (GU L 204, pag. 1).

consumo e, ai sensi dell'art. 2, n. 28, con «clienti idonei» i clienti che sono liberi di acquistare gas naturale dal fornitore di propria scelta secondo l'art. 23 della direttiva. Detto art. 23, n. 1, lett. c), richiede agli Stati membri che, a partire dal 1º luglio 2007, tutti i clienti siano idonei.

12. L'art. 3 della direttiva è dedicato agli obblighi del servizio pubblico e alla tutela del cliente. Al n. 1 esso dispone che gli Stati membri faranno sì che «le imprese di gas naturale (...) siano gestite secondo i principi della presente direttiva, al fine di realizzare un mercato del gas concorrenziale sicuro e sostenibile dal punto di vista ambientale», e che si astengano «da qualsiasi discriminazione tra tali imprese riguardo ai loro diritti o obblighi».

13. Quanto precede va tuttavia inteso «fatto salvo il paragrafo 2» del medesimo art. 3, ove si dispone che «[n]el pieno rispetto delle pertinenti disposizioni del trattato, in particolare dell'articolo 86, gli Stati membri possono, nell'interesse economico generale, imporre alle imprese che operano nel settore del gas obblighi relativi al servizio pubblico concernenti (…) il prezzo delle forniture (…)». Tali obblighi di servizio pubblico devono essere chiaramente definiti, trasparenti, non discriminatori, verificabili e garantire alle società dell'Unione europea che operano nel settore del gas parità di accesso ai consumatori nazionali.

14. L'art. 3, n. 3, introduce un obbligo di tutela degli utenti, in particolar modo rispetto a quelli più svantaggiati: «[g]li Stati membri adottano le misure appropriate per tutelare i clienti finali e garantire un elevato livello di tutela dei consumatori, ed assicurano in particolare ai clienti vulnerabili un'adeguata protezione, comprendente misure idonee a permettere loro di evitare l'interruzione delle forniture (…), con particolare riguardo alla trasparenza delle condizioni generali di contratto, alle informazioni generali ed ai meccanismi di risoluzione delle controversie. Gli Stati membri provvedono affinché i clienti idonei possano effettivamente cambiare fornitore. Per quanto riguarda almeno i clienti civili queste misure comprendono quelle che figurano nell'allegato A»[10].

15. Ai sensi dell'art. 3, n. 6, gli Stati membri, nell'attuare la direttiva di cui trattasi, devono informare la Commissione «di tutte le misure adottate per adempiere agli obblighi relativi al servizio pubblico, compresa la tutela dei

10 — La lett. g) di detto allegato A contempla l'obbligo di «garantire che i clienti (…) [a]llacciati al sistema del gas siano informati circa i loro diritti, ai sensi della legislazione nazionale applicabile, di essere approvvigionati in gas di una qualità ben definita a prezzi ragionevoli».

consumatori e dell'ambiente, ed i loro possibili effetti sulla concorrenza nazionale ed internazionale», a prescindere dal fatto che tali misure richiedano una deroga a quanto stabilito nella direttiva.

B — *Il diritto italiano*

16. Proprio pochi giorni prima del 1° luglio 2007, data limite per la liberalizzazione completa del mercato del gas in conformità con l'art. 23 della direttiva 2003/55, in Italia fu approvato il decreto legge 18 giugno 2007, n. 73, con cui si attribuiva all'Autorità per l'energia elettrica e il gas il potere di fissare «prezzi di riferimento» per le forniture di gas a determinati clienti, e ciò anche successivamente all'apertura totale del mercato.

17. Il citato decreto legge è stato convertito con la legge 3 agosto 2007, n. 125, il cui art. 1, terzo comma, così dispone:

«Per garantire le disposizioni comunitarie in materia di servizio universale, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas indica condizioni standard di erogazione del servizio e definisce transitoriamente, in base ai costi effettivi del servizio, prezzi di riferimento (...) per le forniture di gas naturale ai clienti domestici, che le imprese di distribuzione o di vendita, nell'ambito degli obblighi di servizio pubblico, comprendono tra le proprie offerte commerciali contemplando anche la possibilità di scelta tra piani tariffari e fasce orarie differenziati (…), fatti salvi i poteri di vigilanza e di intervento dell'Autorità a tutela dei diritti degli utenti, anche nei casi di verificati e ingiustificati aumenti dei prezzi e alterazioni delle condizioni del servizio per i clienti che non hanno ancora esercitato il diritto di scelta»[11].

18. Il giudice remittente italiano ritiene che la disposizione in parola fornisca «copertura normativa all'esercizio del potere regolatorio dell'Autorità in materia di prezzo del gas anche dopo l'1 luglio 2007».

11 — La formulazione dell'art. 1, n. 3, del decreto legge differiva lievemente da quella del relativo articolo della legge di conversione, la quale ha introdotto la precisazione che il potere dell'Autorità è transitorio.

III — Causa principale e questione pregiudiziale

19. Il 29 marzo 2007 l'Autorità per l'energia elettrica e il gas ha adottato la delibera n. 79/07, relativa alla rideterminazione delle condizioni economiche di fornitura per il periodo compreso tra il 1º gennaio 2005 ed il 31 marzo 2007, fissando contestualmente i criteri di aggiornamento delle condizioni economiche stesse. Ai sensi del punto 1.3.1 della deliberazione in parola, le formule di calcolo approvate ai fini dell'aggiornamento del corrispettivo variabile relativo alla commercializzazione all'ingrosso avrebbero trovato applicazione fino al 30 giugno 2008; il punto 1.3.2 attribuiva all'Autorità la possibilità di verificare la sussistenza delle condizioni per l'ulteriore estensione di detto potere fino al 30 giugno 2009.

20. La Federutility, l'Assogas, la Libarna Gas spa, la Collino Commercio spa, la Sadori gas spa, l'Egea Commerciale, la E.On Vendita srl e la Sorgenia spa (imprese e associazioni di imprese operanti sul mercato italiano del gas naturale) hanno proposto cinque ricorsi avverso il citato provvedimento n. 79/07, e avverso altre decisioni successive dell'Autorità (delibere nn. 80/07, 158/07, 242/07 e 346/07)[12].

21. Come argomento principale esse fanno valere una presunta violazione della direttiva 2003/55, in forza della quale il settore del gas avrebbe dovuto essere completamente liberalizzato a partire dal 1º luglio 2007. Le ricorrenti sostengono che, per tutelare tutti i clienti, dalla data menzionata il prezzo per la vendita del gas doveva essere determinato dal solo gioco della domanda e dell'offerta, senza interventi da parte delle autorità pubbliche. Lamentano pertanto che i «prezzi di riferimento» oltre il secondo trimestre del 2007 (come previsto dalla delibera n. 79/07) ledono il diritto comunitario.

22. Il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia (IV Sezione), investito dei citati ricorsi, ritenendo che la decisione della controversia dipenda dall'interpretazione della direttiva 2003/55 ha sottoposto alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 234 CE, la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'articolo 23 della direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2003/55/CE del 26 giugno 2003, che disciplina l'apertura del mercato del gas, [debba] essere interpretato, in conformità ai principi derivanti dal Trattato dell'U.E., nel senso che osti alla stessa disposizione e ai principi comunitari una norma nazionale (e i conseguenti atti applicativi) che, dopo la data dell'1 luglio 2007, mantenga ancora all'Autorità di regolazione nazionale il potere di definire prezzi di riferimento delle forniture di gas naturale ai clienti domestici (categoria indeterminata e non definita nelle

12 — Ricorsi R.G. 1276/07, R.G. 1279/07, R.G. 1285/07, R.G. 1359/07 e R.G. 1490/07.

fasce di riferimento che non implica, di per sé, la valutazione di particolari situazioni di disagio socio-economico che potrebbero giustificare la definizione dei suddetti prezzi di riferimento), che le imprese di distribuzione o di vendita, nell'ambito degli obblighi di servizio pubblico, sono tenute a comprendere tra le proprie offerte commerciali; inoltre,

se tale norma (l'art. 23 cit.) [debba] essere interpretata in combinato disposto con l'art. 3 della direttiva 2003/55/CE (il quale ultimo prevede che gli Stati membri possono, nell'interesse economico generale, imporre alle imprese che operano nel settore del gas obblighi relativi al servizio pubblico concernenti, per quel che qui interessa, il prezzo delle forniture) nel senso che non osti alle richiamate disposizioni comunitarie una norma nazionale che, tenuto conto della particolare situazione del mercato, ancora caratterizzato dall'assenza di condizioni di "effettiva concorrenza", almeno nel segmento della commercializzazione all'ingrosso, ammetta la determinazione in via amministrativa del prezzo di riferimento del gas naturale, da indicarsi obbligatoriamente tra le offerte commerciali praticate da ciascun venditore ai propri clienti domestici nell'ambito del concetto di servizio universale, ancorché tutti i clienti debbano essere considerati "liberi"».

IV — Procedimento dinanzi alla Corte

23. La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata registrata dalla cancelleria della Corte il 20 giugno 2008.

24. Hanno depositato osservazioni scritte la Federutility, la Libarna Gas, la Sorgenia e l'Assogas, nonché la Commissione ed i governi di Polonia, Estonia e Italia.

25. In un allegato alla convocazione per l'udienza è stato chiesto alle parti della causa principale e alla Repubblica italiana se l'obbligo di far figurare i «prezzi di riferimento» della fornitura di gas ai clienti domestici nelle offerte commerciali delle imprese significhi che esse hanno l'obbligo di proporre e applicare tali prezzi ai loro clienti e che, quindi, è fatto loro divieto di stipulare contratti a condizioni tariffarie diverse, oppure se tali prezzi abbiano valore puramente indicativo. Inoltre, è stato chiesto di precisare l'ambito di applicazione di tale obbligo,

indicando se i clienti interessati fossero solamente clienti domestici, restando pertanto escluse le persone giuridiche. La Federutility, la Libarna Gas, la Sorgenia e l'Assogas e il governo italiano hanno risposto alla Corte con rispettivi documenti nel mese di luglio 2009.

26. Nell'udienza, tenutasi l'8 settembre 2009, sono comparse per formulare oralmente le proprie osservazioni i rappresentanti della Federutility, dell'Assogas, della Libarna Gas, della Sorgenia, della Commissione e dei governi estone e italiano.

V — Prologo: l'intervento sulle tariffe in un contesto di concorrenza formale

A — *La mancanza di concorrenza effettiva nel mercato del gas*

27. Il processo di liberalizzazione del settore energetico iniziato con le direttive 96/92/CE[13] e 98/30 ha subito una considerevole accelerazione con l'approvazione delle direttive 2003/54/CE[14] e 2003/55, che hanno stabilito l'apertura dei mercati dell'energia elettrica e del gas per tutti i clienti non civili a partire dal 1º luglio 2004 e per tutti gli utenti, senza distinzione alcuna, dal 1º luglio 2007[15].

28. La realizzazione di tale programma ambizioso era affidato agli Stati membri. I progressi, tuttavia, sono stati alquanto diseguali. Ciò è stato constatato dalla Commissione nella Comunicazione al Consiglio e al Parlamento Europeo 10 gennaio 2007[16], ove riconosce che, sebbene «i principi fondamentali del mercato interno dell'energia siano stati recepiti a livello normativo, istituzionale e di infrastruttura fisica (…), un'autentica concorrenza è del tutto inesistente in molti Stati Membri. Spesso i clienti non hanno alcuna reale possibilità di scegliere un fornitore diverso» e, in generale, non sussiste ancora un alto grado di fiducia nel mercato interno[17].

13 — Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 19 dicembre 1996, concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica (GU L 27, pag. 20).

14 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 96/92/CE (GU L 176, pag. 37).

15 — Artt. 21 della direttiva 2003/54 e 23 della direttiva 2003/55.

16 — Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo — Prospettive del mercato interno del gas e dell'elettricità (COM/2006/841 def.).

17 — Anzi, come sottolinea Peter D. Cameron, «i benefici della liberalizzazione dei mercati dell'energia per il momento non appaiono così scontati come previsto: l'abbassamento dei prezzi non è un effetto inevitabile della liberalizzazione, e nemmeno il declino dell'interferenza dello Stato; il potere commerciale delle imprese già insediate si è accresciuto e l'arrivo di nuovi giocatori sui mercati dell'elettricità e del gas ha assunto dei tratti alla "aspettando Godot" [libera traduzione]» (Cameron, P., *Legal aspects of EU energy regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas Across Europe,* Oxford University Press, 2005, pag. 36).

29. Conscia del carattere incompleto del processo di liberalizzazione, la Commissione ha adottato un «terzo pacchetto energetico», diretto a porre rimedio alle carenze della normativa vigente. La direttiva 2003/55 include una proposta di modifica e prospetta, ad esempio, l'effettiva disaggregazione delle attività di approvvigionamento e produzione dalla gestione della rete[18].

30. La Commissione afferma che l'intervento nelle tariffe del gas (così come in quelle dell'energia elettrica) sarebbe una delle cause e, al tempo stesso, una delle conseguenze dell'attuale mancanza di concorrenza nel settore energetico. Da un lato, fra le principali carenze osservate nella trasposizione delle recenti direttive, la Commissione cita i «prezzi regolamentati che impediscono l'entrata di nuovi operatori sul mercato»[19]. Dall'altro, aggiunge che, con siffatte deviazioni dalla norma, «gli operatori storici sia nel mercato del gas che nel mercato dell'elettricità mantengono in larga misura una posizione dominante», il che «fa sì che i diversi Stati membri continu[i]no a controllare strettamente i prezzi fatturati agli utenti finali di gas e elettricità. Purtroppo, questo comportamento configura spesso una restrizione della concorrenza»[20].

31. La coesistenza di mercati dell'energia aperti con prezzi regolamentati è una realtà molto diffusa negli Stati membri dell'Unione; come ammesso dalla Commissione nella sua relazione 15 aprile 2008[21], che riguarda «un terzo dei mercati del gas (…) e più della metà dei mercati dell'elettricità. Per la maggior parte degli Stati membri con prezzi regolamentati, la regolamentazione non si limita ai piccoli clienti: l'approvvigionamento di tutti i segmenti può essere effettuato a prezzi regolamentati».

32. La situazione descritta coincide con quella del settore del gas in Italia. Come illustrato dal governo di detto Stato nelle sue osservazioni scritte, il mercato nazionale è caratterizzato dal ruolo preminente dell'Eni, impresa che, allo stesso tempo, detiene il monopolio sulla importazione del gas, è proprietaria della maggior parte della rete di trasporto, ha posizione di assoluta dominanza nella produzione ed è il principale venditore all'ingrosso. Siffatta assenza di concorrenza nel mercato all'ingrosso ha reso possibile il mantenimento dei monopoli locali nella vendita al dettaglio, sovente verticalmente integrati con il gestore della rete di distribuzione. In tale contesto l'ingresso di nuovi operatori

18 — Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2003/55/CE [COM(2007) 529 def.].

19 — Comunicazione 10 gennaio 2007, cit., punto 1.3.

20 — Comunicazione 10 gennaio 2007, cit., punto 1.4.

21 — Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo — Progressi compiuti nella realizzazione del mercato interno del gas e dell'elettricità [COM(2008) 192 def.].

è assai difficoltoso: in primo luogo, poiché sarebbero costretti a rifornirsi dall'Eni, che imporrebbe le proprie condizioni, riducendo al minimo i loro eventuali margini di utile; in secondo luogo, in ragione della difficoltà di competere, a livello locale, con operatori verticalmente integrati.

B — *La regolamentazione dei prezzi di fornitura in un contesto di mancanza di concorrenza*

33. Tali circostanze, unitamente ad una tendenza al rialzo del prezzo dei prodotti petroliferi nei mercati internazionali, hanno motivato l'intervento delle autorità italiane di cui trattasi. Al fine di impedire che l'aumento del costo della materia prima ricadesse negativamente sugli utenti, è stato deciso di prolungare il potere dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas di fissare «prezzi di riferimento» per la fornitura di gas naturale ai clienti domestici anche successivamente al 1º luglio 2007, data nella quale il mercato del gas italiano sarebbe stato liberalizzato in conformità delle norme di trasposizione della direttiva 2003/55.

34. Ai sensi dell'art. 1, terzo comma, della legge italiana 3 agosto 2007, il potere controverso è così caratterizzato:

— 1) definisce taluni «prezzi di riferimento» per le forniture di gas naturale che le imprese devono comprendere «tra le proprie offerte commerciali contemplando anche la possibilità di scelta tra piani tariffari e fasce orarie differenziati».

Poste alcune domande alle parti del procedimento principale e al governo italiano relativamente alla portata dell'obbligo in parola, le prime rispondono negando che i menzionati «prezzi di riferimento» abbiano valore meramente indicativo. Esse sostengono che, nella pratica, le imprese di gas naturale non possono proporre ai loro clienti condizioni tariffarie alternative e più interessanti di quelle indicate dall'Autorità, i cui «prezzi di riferimento» sono collocati su livelli inferiori a quelli medi europei. Se si aggiunge un vasto ambito di utenti a quelli cui le fornitrici devono offrire e applicare tali prezzi protetti, occorre rilevare, secondo le ricorrenti del procedimento principale, che l'offerta di condizioni economiche diverse è puramente teorica[22].

— 2) I citati «prezzi di riferimento» sono da calcolare in funzione dei «costi effettivi del servizio». In base alle informazioni

22 — Memorie della Federutility del 31 luglio 2009, punti 7-9, e della Sorgenia del 31 luglio 2009, punto 1.

prodotte nel fascicolo, le condizioni economiche fissate dall'Autorità sono il risultato della somma di quattro fattori: il prezzo della distribuzione, del trasporto e dello stoccaggio, un corrispettivo variabile per la vendita al dettaglio e un altro attinente alle spese di acquisto della materia prima, inclusi quelli connessi alla commercializzazione all'ingrosso del gas naturale. La discussione nella controversia verte sul computo di detta ultima componente, in quanto, rispetto al mercato all'ingrosso, nel quale il prezzo del gas segue l'andamento dei prodotti petroliferi, la tariffa per la vendita al dettaglio è protetta da una «clausola di salvaguardia», e in questo modo l'Autorità evita che si ripercuota [sui clienti domestici] l'intero costo della materia prima quando sia considerevolmente elevato. In questo modo i fornitori di gas devono fatturare ai propri clienti un prezzo che non comprende tutto l'importo pagato per la materia prima. Al fine di impedire che l'onere economico dell'operazione gravi esclusivamente su dette imprese, l'Autorità ha imposto ai grossisti di rinegoziare i contratti di vendita del gas[23].

— 3) Per quanto riguarda l'ambito di applicazione dei menzionati «prezzi di riferimento», l'art. 1, comma 3, del decreto legge richiede unicamente che siano proposti «ai clienti [finali] domestici».

23 — In tal senso, v. osservazioni della Sorgenia, pagg. 5 e 6.

L'ordinanza di rinvio della questione pregiudiziale qualifica detta categoria di utenti come «indeterminata»; secondo la Commissione, al contrario, «i prezzi di riferimento si applicano alle famiglie ed alle utenze relative ad edifici dotati di riscaldamento centrale con un consumo annuo inferiore a 200 000 m³».

Con maggiore precisione, le risposte delle parti della causa principale e del governo italiano presentate al termine del mese di luglio 2009 e le osservazioni orali in udienza chiariscono che l'obbligo di mantenere i «prezzi di riferimento» concerne due categorie di utenti:

a) I clienti finali che, essendo già idonei prima del 1º gennaio 2003 (in quanto aventi un consumo annuo di gas superiore a 200 000 m³ o per altre ragioni), non abbiano ancora concluso un nuovo contratto di fornitura di gas.

b) I clienti finali con consumi annui inferiori ai citati 200 000 m³.

Le ricorrenti nella causa principale, in udienza e nelle loro memorie del luglio 2009, hanno affermato che entrambe le categorie di clienti finali includono sia persone fisiche che imprese, comprese anche le persone giuridiche[24]. Esse producono a sostegno la delibera dell'Autorità n. 64/09, il cui art. 4 ha esteso i prezzi protetti ai condomini, anche se il titolare del punto di riconsegna sia una persona giuridica che svolga le funzioni di amministratore del condominio. Tuttavia, l'art. 5 della citata delibera n. 64/09 sottolinea che i clienti finali i quali non abbiano stipulato nuovi contratti e che non siano soggetti privati continueranno a beneficiare del servizio di tutela fino al settembre 2009 o fino al 30 settembre 2010, se il loro consumo annuale non supera i 200 000 m^3.

Il governo italiano asserisce, invece, che il sistema di «prezzi di riferimento» vale esclusivamente per le persone fisiche.

— 4) Il decreto legge, nella versione convertita in legge dal Parlamento italiano, attribuisce al potere tariffario dell'Autorità un carattere transitorio, modificando sotto questo profilo la formulazione originale del decreto legge, che nulla prevedeva a tale riguardo.

In udienza le imprese ricorrenti hanno sottolineato che il menzionato carattere transitorio del potere tariffario non è sufficiente, poiché in nessun momento è mai stato fissato un termine massimo per il suo esercizio. In tal senso, esse hanno richiamato la recente legge 23 luglio 2009, n. 99, che, a loro avviso, concede all'Autorità un potere regolamentare generale e senza limitazioni temporali di sorta.

— 5) Da ultimo, il legislatore italiano aggiunge che la definizione dei «prezzi di riferimento» avviene «nell'ambito degli obblighi di servizio pubblico», e «[p]er garantire le disposizioni comunitarie in materia di servizio universale».

35. Il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia chiede alla Corte se un intervento pubblico di tal genere, in un mercato liberalizzato come quello del gas, ove vi è però un deficit di concorrenza reale, violi l'art. 23 della direttiva 2003/55 o se possa essere conforme al suo art. 3. Risulta pertanto necessario analizzare entrambe le norme.

24 — Memorie della Federutility del 31 luglio 2009, punti 12 e 13; e della Sorgenia del 31 luglio 2009, punto 2.

VI — Analisi della questione pregiudiziale

A — *L'art. 23 e la liberalizzazione dei prezzi*

36. La creazione di un mercato interno del gas naturale, scopo prioritario della direttiva 2003/55, richiede che sia portata a termine una liberalizzazione totale.

37. Il legislatore comunitario ha compreso ben presto che l'apertura doveva essere realizzata gradualmente. Il punto di partenza era costituito da mercati fortemente regolamentati, strettamente nazionali e, sovente, monopolistici[25]. La sfida consisteva nel trasformarli in un unico mercato europeo completamente libero, nel quale tutti gli utenti potessero comprare il gas dal venditore di loro scelta. La direttiva 98/30 ha costituito un passo timido e preliminare, cui è seguito l'art. 23 della direttiva 2003/55, che annunciava un calendario progressivo fino a garantire a tutti i clienti, compresi quelli domestici, lo statuto di idonei[26].

38. La data limite per raggiungere questa meta era il 1° luglio 2007. Per il suo conseguimento occorreva eliminare le barriere che ostacolassero la concorrenza nel mercato del gas, fra cui sono comprese gli interventi tariffari, qualora disincentivino gli investimenti. L'art. 3, n. 1, della direttiva impone agli Stati membri di «fa[r] sì che le imprese di gas naturale (...) siano gestite secondo i principi della presente direttiva, al fine di realizzare un mercato del gas concorrenziale sicuro e sostenibile dal punto di vista ambientale».

39. In base al tenore della direttiva, e del chiaro intento liberalizzatore che la anima, appare difficile sostenere, come invece fa il governo polacco nelle sue osservazioni, che la determinazione dei prezzi ad opera del mero gioco della domanda e dell'offerta non sarebbe una condizione indispensabile per assicurare il diritto a scegliere il fornitore che più aggradi. In realtà, né l'art. 23 né alcuna altra disposizione della direttiva impongono espressamente agli Stati membri l'obbligo di lasciare la formazione dei prezzi di fornitura a detto libero gioco del mercato, senza che nulla impedisca di discutere, in teoria, se si tratti di una misura sempre vantaggiosa per il consumatore.

40. È tuttavia significativo che il legislatore comunitario stabilisca che le autorità di regolamentazione approvino le tariffe di trasporto e distribuzione del gas (art. 25, n. 2, della direttiva), e che, d'altro canto, preveda come mera facoltà eccezionale, nell'ambito degli

25 — Non raramente con monopoli di proprietà pubblica.

26 — Nel senso dell'art. 2 della direttiva.

obblighi di servizio pubblico, la fissazione di prezzi per la fornitura (art. 3, n. 2).

quale mezzo per tutelare gli interessi delle imprese e, allo stesso tempo, quelli dei consumatori. Liberalizzazione, ma non a qualunque prezzo, rispetto ai soggetti privati, il che richiede un certo grado di regolamentazione, quando il mercato non funzioni adeguatamente. Gli obblighi di servizio pubblico si configurano come strumento per strutturare tale intervento pubblico eccezionale, anche oltre la data limite del 1º luglio 2007.

B — *L' art. 3 e gli obblighi di servizio pubblico*

41. La liberalizzazione del mercato, pertanto, non esclude ogni tipo intervento nel prezzo di vendita del gas. Il citato art. 3 della direttiva apre varie strade per legittimare le azioni degli Stati membri in tale contesto.

42. In primo luogo, l'art. 3, n. 2, li autorizza «nell'interesse economico generale, [a] imporre alle imprese che operano nel settore del gas obblighi relativi al servizio pubblico», in relazione con il prezzo delle forniture. In secondo luogo, poi, l'art. 3, n. 3, dispone che gli Stati membri adottino le misure appropriate per tutelare i clienti finali e, segnatamente, i clienti vulnerabili, garantendo un elevato livello di tutela dei consumatori.

43. Entrambi i menzionati numeri riflettono lo scopo plurimo della direttiva 2003/55: l'instaurazione di un mercato interno del gas

44. Al momento dell'approvazione del secondo pacchetto energetico, la formula era già stata ampiamente sperimentata. Una volta eliminati i monopoli pubblici[27] nel settore, assoggettato alle regole del mercato, restava ancora necessario salvaguardare talune esigenze di interesse generale. A tal fine il legislatore comunitario ha contemplato la possibilità di imporre obblighi di servizio pubblico e di servizio universale già nei primi settori liberalizzati, come quello postale, quello dei trasporti o quello delle telecomunicazioni. La Corte ha trattato con speciale attenzione tali meccanismi derogatori, particolarmente in relazione al loro finanziamento, dichiarando che non comportano aiuti di Stato[28] le sovvenzioni versate quale «compensazione» per obblighi di servizio pubblico e che non violano il Trattato, quando soddisfino determinate condizioni[29].

27 — Che, come scrive Jones, C.W., *EU Energy Law, Volume I, The Internal Energy Market*, Second Edition, Leuven: Caléis & Castells, 2006, pag. 223, «si presumeva operassero sempre nel pubblico interesse [libera traduzione]».

28 — Nel senso dell'art. 87, n. 1, CE.

29 — Sentenza 24 luglio 2003, causa C-280/00, Altmark (Racc. pag. I-7747, punti 84-95). La sentenza 27 novembre 2003, cause riunite da C-34/01 a C-38/01, Enirisorse (Racc. pag. I-14243), ha applicato le condizioni enunciate nella decisione anteriore ad una controversia nella quale si discuteva la natura di una tassa portuale parzialmente riscossa da un'impresa pubblica. Prima della sentenza Altmark, la sentenza 22 novembre 2001, causa C-53/00, Ferring (Racc. pag. I-9067), aveva già precisato gli elementi indispensabili affinché un'esenzione fiscale a vantaggio di imprese incaricate della gestione di servizi pubblici sia compatibile con il Trattato.

45. L'art. 3, n. 2, della direttiva 2003/55 inserisce la figura nel catalogo degli strumenti diretti all'organizzazione del settore del gas, consentendo agli Stati membri di porre a carico delle imprese del gas taluni oneri, qualora ciò sia imprescindibile al fine di salvaguardare un «interesse economico generale», la cui portata non definisce concretamente[30].

46. L'indeterminazione della direttiva rivela l'ampio margine di manovra che il legislatore comunitario ha concesso agli Stati membri. Ciò è confermato dal ventisettesimo «considerando», che menziona la fissazione di «standard minimi comuni» relativamente al soddisfacimento dei requisiti di servizio pubblico, un nucleo duro che ponderi «gli obiettivi della protezione dei consumatori, della sicurezza dei rifornimenti, della tutela dell'ambiente e di livelli equivalenti di concorrenza in tutti gli Stati membri», interpretati alla luce delle particolarità di ciascun paese, «tenendo conto di circostanze nazionali e fatto salvo il rispetto del diritto comunitario».

47. La libertà degli Stati membri in questa materia non è tuttavia assoluta, in quanto l'art. 3, n. 6, della direttiva prevede un controllo «di tutte le misure adottate per adempiere agli obblighi relativi al servizio pubblico, compresa la tutela dei consumatori e dell'ambiente, ed i loro possibili effetti sulla concorrenza nazionale ed internazionale», che vanno comunicate alla Commissione al momento della trasposizione della norma. Successivamente gli Stati devono informarla ogni due anni delle modifiche apportate a dette misure[31].

30 — La direttiva si limita a indicare che gli obblighi di servizio pubblico sono creati a favore del menzionato interesse, e possono «concerne[re] la sicurezza, compresa la sicurezza dell'approvvigionamento, la regolarità, la qualità e il prezzo delle forniture, nonché la tutela dell'ambiente, compresa l'efficienza energetica e la protezione del clima». Non è mancato chi ha qualificato l'elenco in parola di numerus clausus di cause di «interesse economico generale» suscettibili di legittimare l'intervento statale (Geldhof, W., e Vandendriessche, F., «Chapter 1: European Electricity and Gas Market Liberalisation. Background, Statuos, Developments», *EU Energy Law and Policy Issues*, Ed. da Delvaux, B., Hunt, M. e Talus, K., Euroconfidentiel, pag. 48, che a loro volta citano Jones, C.W., op. cit., pag. 230). A mio parere, tuttavia, la norma espone i tipi di interventi in cui concretizzare i succitati obblighi di servizio pubblico, e non un elenco delle circostanze che devono motivarle, benché entrambi detti aspetti si trovino strettamente collegati. Dall'art. 3, n. 2, della direttiva si deduce che gli Stati membri possono creare obblighi di servizio pubblico relativi al prezzo di vendita del gas, però siffatta semplice menzione non risulta sufficiente. In ogni caso, occorre verificare se si tratti di una missione di interesse economico generale.

31 — La Commissione ha cercato di precisare quanto richiesto dalla direttiva in una nota non vincolante, che si riferisce in parte alla realizzazione del controllo ex ante degli obblighi di servizio pubblico notificati dagli Stati membri («Note de la DG Energie et Transports sur les Directives 2003/54/CE et 2003/55/CE du marché interieur de l'électricité et du gaz natural. Document n'engageant pas la Commission», disponible en http://ec.europa.eu/energy/electricity/legislation/doc/notes_for_implementation_2004/public_service_obligations_fr.pdf). Mirando a rafforzare la sua posizione in tale attività di verifica, il terzo pacchetto energetico indica che la Commissione approvi orientamenti per l'applicazione dell'art. 3 della direttiva (art. 3, n. 4, della proposta di direttiva con cui si modifica la direttiva 2003/55, cit., che introduce un nuovo n. 7 nell'art. 3 della direttiva 2003/55).

48. Inoltre, la direttiva stessa già traccia dei modelli piuttosto ben delineati per imporre obblighi di servizio pubblico, i quali devono:

— rispondere all'«interesse economico generale»;

— svilupparsi «nel pieno rispetto delle pertinenti disposizioni del trattato, in particolare dell'art. 86»;

— essere chiaramente definiti, trasparenti e verificabili;

— non creare discriminazioni; e

— garantire alle società dell'Unione europea che operano nel settore del gas parità di accesso ai consumatori nazionali.

49. La legittimità del potere tariffario dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, contestata nel caso di specie, dipende dal rispetto di detti modelli, che vanno verificati dal giudice nazionale in base all'interpretazione della direttiva ad opera della Corte[32].

50. È pertanto opportuno soffermarsi sulla necessità di un «interesse economico generale» (C), nel rispetto del Trattato e, specialmente, dell'art. 86 (D), così come sul carattere non discriminatorio (E).

C — *La necessità di prezzi ragionevoli come motivo di «interesse economico generale»*

51. La sussistenza di un «interesse economico generale» che giustifichi gli obblighi di servizio pubblico rappresenta il primo aspetto controverso nella presente causa.

52. Come a ragion veduta addotto dalla Commissione nelle sue osservazioni[33], il duplice riferimento dell'art. 3, n. 2, della direttiva

32 — Conformemente all'art. 3, n. 6, della direttiva, le misure di cui trattasi devono essere notificate alla Commissione, ciò che il governo italiano ha fatto dopo esserne stato sollecitato in tal senso (osservazioni della Commissione, punto 42).

33 — Punto 38.

all'art. 86 CE e all'«interesse economico generale» significa che gli obblighi ivi contemplati corrispondono a quelli delle imprese incaricate di «servizi di interesse economico generale» nel senso del citato articolo del Trattato[34].

53. La Corte ha dichiarato di interesse economico generale un nutrito e vario gruppo di servizi, come la distribuzione di acqua[35], di gas[36] e di energia elettrica[37], la raccolta e la distribuzione della corrispondenza su tutto il territorio nazionale[38], la gestione di linee aeree non redditizie[39], il trasporto [di malati] in ambulanza[40] o l'attività dei grossisti di prodotti farmaceutici[41], per citare solo alcuni esempi. È difficile enucleare da tali decisioni[42] un concetto univoco e preciso. La direttiva, il Trattato e la giurisprudenza s'ispirano alla medesima idea di equilibrio tra il mercato e la regolamentazione, tra la concorrenza e le implicazioni dell'interesse generale, coincidendo anche, a mio avviso, nella considerazione che spetta agli Stati membri definire i servizi di interesse economico generale che desiderano salvaguardare, fatto salvo il potere delle istituzioni comunitarie (segnatamente, della Corte) di controllare tali decisioni e impedire gli eccessi[43].

54. Se si tenta di trovare elementi comuni, occorre ricordare le celebri leggi di Rolland, indirettamente evocate dalle sentenze Corbeau[44] e Almelo e a.[45] illustrando le

34 — L'espressione «servizi di interesse economico generale» fa riferimento a servizi di natura economica che uno Stato membro assoggetta a obblighi a favore di un determinato interesse generale (Szyszczak, E., *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Ed. Hart, 2007, pag. 211). La formulazione dell'art. 3, n. 2, della direttiva deriva, con le parole di Laget-Annamayer, dalla confluenza «del concetto francese di servizio pubblico e della nozione comunitaria di "servizio di interesse economico generale"» (Laget-Annamayer, A., *La régulation des services publics en réseaux. Télécommunications et électricité, Ed.* Bruylant, Bruxelles, 2002, pag. 98).

35 — Sentenza 8 novembre 1983, cause riunite da 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, IAZ e a. (Racc. pag. 3369).

36 — Sentenza 23 ottobre 1997, causa C-159/94, Commissione/Francia (Racc. pag. I-5815).

37 — Sentenza 27 aprile 1994, causa C-393/92, Almelo e a. (Racc. pag. I-1477).

38 — Sentenze 19 maggio 1993, causa C-320/91, Corbeau (Racc. pag. I-2533); 10 febbraio 2000, causa C-147/97, Deutsche Post (Racc. pag. I-825), e 17 maggio 2001, causa C-340/99, TNT Traco (Racc. pag. 4109).

39 — Sentenza 11 aprile 1989, causa 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro (Racc. pag. 803).

40 — Sentenza 25 ottobre 2001, causa C-475/99, Ambulanz Glöckner (Racc. pag. I-8089).

41 — Sentenza Ferring, cit.

42 — Tutte riferite, inoltre, a imprese con diritti esclusivi e speciali, non a soggetti che operano in settori liberalizzati né a imprese cui sono imposti obblighi di servizio pubblico. La loro applicazione al caso di specie deve pertanto essere basata, in siffatto contesto specifico, per il momento senza riscontri nella giurisprudenza.

43 — Detta concezione è sottesa anche all'art. 16 CE, in base al quale «[f]atti salvi gli articoli 73, 86 e 87, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti». Questa disposizione è stata inclusa anche nel Trattato di Amsterdam, in pieno processo di liberalizzazione di settori strategici, quale risultato «di una profonda preoccupazione in taluni ambiti sociali per la deriva liberista adottata a livello europeo» (Sarmiento, D., «La recepción en el derecho de la Unión Europea y en su jurisprudencia de las técnicas de regulación económica», *Derecho de la regulación economica I. Fundamentos e instituciones de la regulación,* dir. Muñoz Machado, S., e Esteve Pardo, J., Ed. Iustel, Fundación Ortega y Gasset, 2009, pag. 259).

44 — Cit., punto 15.

45 — Cit., punto 48. Nello stesso senso, sentenza 23 ottobre 1997, causa C-159/94, Commissione/Francia (Racc. pag. I-5815, punto 57).

circostanze in cui vengono prestati i servizi di interesse economico generale: in modo ininterrotto (continuità); a favore di tutti gli utenti e su tutto il territorio interessato (universalità); a tariffe uniformi e a condizioni di qualità simili, indipendentemente dalle circostanze particolari e dal grado di redditività economica di ciascuna singola operazione (parità).

D — *Il test di proporzionalità e il rispetto degli interessi comunitari*

55. Continuità, universalità e parità. Attualmente a queste regole classiche si aggiungono di solito la trasparenza e il carattere economicamente accessibile del servizio. La direttiva 2003/55 provvede quindi alla continuità, all'universalità e alla non discriminazione nell'attività di fornitura di gas[46], però si propone altresì di tutelare il diritto dei clienti «di essere approvvigionati in gas naturale di una qualità specifica a prezzi ragionevoli» (ventiseiesimo «considerando»). Dal che discende la possibilità di controllare il prezzo delle forniture che contempla l'art. 3, n. 2, della direttiva.

56. Tenuto conto di siffatti presupposti è da dedurre che la finalità di evitare aumenti indesiderati e sproporzionati dei prezzi che penalizzino i consumatori costituisce un motivo di «interesse economico generale» che, quando concorrano le restanti condizioni della direttiva, legittimerebbe un intervento pubblico nelle tariffe di fornitura del gas naturale.

57. Il secondo modello è incentrato sul pieno rispetto del Trattato e, nello specifico, del suo art. 86.

58. Di considerevole importanza risulta il n. 2 del citato art. 86 CE, che, come rilevato dalla giurisprudenza, si propone di «contemperare l'interesse degli Stati membri ad utilizzare determinate imprese, segnatamente del settore pubblico, quali strumento di politica economica o fiscale con l'interesse della Comunità all'osservanza delle regole di concorrenza ed al mantenimento dell'unità del mercato comune»[47].

59. Conformemente alla disposizione in parola, «[l]e imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale» sono sottoposte al Trattato ed alla relativa

46 — L'elenco degli obblighi contemplati nell'art. 3, n. 2, e la possibilità di designare un «fornitore di ultima istanza» (art. 3, n. 3) avvalorano questa affermazione.

47 — Sentenza 19 marzo 1991, causa C-202/88, Francia/Commissione (Racc. pag. I-1223, punto 12).

disciplina della concorrenza, purché la sua applicazione non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, del compito loro affidato, e, in ogni caso, lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità.

60. Nella fattispecie in esame occorre analizzare: in primo luogo, se l'intervento delle tariffe di fornitura del gas rappresenti una misura indispensabile per garantire «prezzi ragionevoli» (il cosiddetto controllo di proporzionalità); e, in secondo luogo, se questa facoltà violi «l'interesse della Comunità».

1. Il test di proporzionalità

61. L'inciso della norma summenzionata in forza del quale l'eccezione alle regole di mercato non può ostare all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della missione di interesse economico generale, introduce nella discussione il cosiddetto «test di proporzionalità», vera chiave dell'art. 86 CE, n. 2, poiché rende più agevole modularne l'utilizzo.

a) La giurisprudenza

62. La sentenza Sacchi ha destato una crescente aspettativa riguardo detto articolo, lasciando nelle mani degli Stati la prova che la libera concorrenza sarebbe totalmente incompatibile con la funzione affidata all'ente di cui si tratti[48]. Successivamente, la sentenza Höfner ha dichiarato che il Trattato non osta al compito affidato ad un ufficio pubblico per l'occupazione, «dal momento che non è palesemente in grado di soddisfare la domanda esistente a tale riguardo sul mercato» e che tollera che altre imprese siano attive a scapito del suo monopolio[49].

63. Tuttavia, fino alla citata sentenza Corbeau, il principio di proporzionalità non compare nel ragionamento della Corte. Nella sentenza Corbeau, e in seguito nella sentenza Almelo, citata in precedenza, erano state dichiarate ammissibili le eccezioni alle regole del mercato necessarie per garantire l'«equilibrio economico» del servizio, secondo il peso relativo delle attività redditizie e quello delle attività che non lo sono.

64. Successivamente, tre decisioni relative ai diritti esclusivi di importazione ed

48 — Sentenza 30 aprile 1974, causa 155/73 (Racc. pag. 409). Nel medesimo senso, v. citata sentenza Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro.

49 — Sentenza 23 aprile 1991, causa C-41/90, Höfner e Elser (Racc. pag. I-1979, punto 25).

esportazione per l'energia elettrica conferiti nei Paesi Bassi, in Italia e in Francia[50] apportarono elementi aggiuntivi. Da un lato esse hanno fatto riferimento alla proporzionalità nell'ambito dell'art. 86 CE, consentendo di invocare il suo n. 2 in forza del quale «si può giustificare la concessione, da parte di uno Stato membro, a un'impresa incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale di diritti esclusivi (…), qualora l'adempimento della specifica missione affidatale possa essere garantito unicamente grazie alla concessione di tali diritti e purché lo sviluppo degli scambi non risulti compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità»[51]. Dall'altro, esse hanno dichiarato che, per sottrarsi alle previsioni del Trattato, è sufficiente che tali norme ostino «all'adempimento, in diritto o in fatto, degli obblighi specifici che incombono a tale impresa. Non è necessario che risulti minacciata la sopravvivenza stessa dell'impresa»[52] e, benché l'onere della prova ricada sullo Stato membro interessato, non si può pretendere che dimostri «che nessun altro provvedimento immaginabile, per definizione ipotetico, potrebbe garantire l'adempimento di tali funzioni alle stesse condizioni»[53].

65. Dalla giurisprudenza si deduce che è possibile derogare solamente le regole della concorrenza ex art. 86 CE, quando ciò sia indispensabile per lo svolgimento del compito di interesse generale di cui si tratti, spettando la valutazione di tali circostanze agli Stati membri, a seconda della rispettiva politica nazionale e nell'osservanza del Trattato.

b) Applicazione al caso in discussione

66. Il governo italiano, con decreto legge, ha scelto di affidare alla sua autorità nazionale di regolamentazione un potere d'intervento nelle tariffe di fornitura del gas naturale, facendo valere la mancanza di concorrenza reale nel mercato nazionale del gas e la tendenza al rialzo del prezzo dei prodotti petroliferi nei mercati internazionali.

67. A mio parere una congiuntura come quella descritta potrebbe eventualmente essere d'ostacolo al raggiungimento dell'«interesse economico generale» consistente nel garantire l'approvvigionamento di gas a prezzi ragionevoli, legittimando l'ingerenza dello Stato nel libero gioco delle regole del mercato.

68. La Commissione, nella citata comunicazione del 10 gennaio 2007, riconosce che «[l']

50 — Sentenze 23 ottobre 1997, causa C-157/94, Commissione/Paesi Bassi (Racc. pag. I-5699); causa C-158/94, Commissione/Italia (Racc. pag. I-5789), e causa C-159/94, Commissione/Francia (Racc. pag. I 5815). Un quarto ricorso per inadempimento nei confronti della Spagna è stato respinto (sentenza 23 ottobre 1997, causa C-160/94, Commissione/Spagna, Racc. pag. I-5851).

51 — Citate sentenze Commissione/Paesi Bassi, punto 32; Commissione/Italia, punto 43, e Commissione/Francia, punto 49.

52 — Citate sentenze Commissione/Paesi Bassi, punto 43, e Commissione/Francia, punto 59. V. anche sentenze TNT Traco, punto 54, e 15 novembre 2007, causa C-162/06, International Mail Spain (Racc. pag. I-9911, punto 35).

53 — Citate sentenze Commissione/Paesi Bassi, punto 58; Commissione/Italia, punto 54, e Commissione/Francia, punto 101.

esperienza ha dimostrato fino ad oggi che i prezzi dell'energia all'ingrosso sono estremamente instabili. Di qui la questione se e come i consumatori finali (compresi i clienti vulnerabili) debbano essere protetti contro le fluttuazioni dei prezzi». Alla luce di detta preoccupazione aggiunge che «[s]e è vero che i controlli sui prezzi, mascherando i segnali che questi possono trasmettere, impediscono ai consumatori di capire quale sarà la futura evoluzione dei costi, va però riconosciuto che 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». Ciò nondimeno, «[q]uesta regolamentazione dei prezzi deve tuttavia essere equilibrata, nel senso che non deve ostacolare l'apertura del mercato, né creare discriminazioni fra i fornitori europei di energia, né aggravare le distorsioni della concorrenza o limitare la rivendita» [54].

69. Pertanto, l'intervento deve essere proporzionale allo scopo perseguito, il che presuppone, conformemente alla giurisprudenza, che non deve andare al di là di quanto indispensabile per raggiungere il relativo obiettivo «di interesse economico generale»: nel presente caso, il contenimento dei prezzi. Per effettuare il menzionato test di proporzionalità si utilizzano come guida i seguenti criteri, derivati dalla giurisprudenza commentata:

54 — Punto 2.6.2.

i) Transitorietà e adattabilità

70. La temporalità della misura costituisce, a mio avviso, la prima e principale conseguenza del principio di proporzionalità, dal momento che l'eccezione alle regole del mercato interno perde la sua giustificazione se cambia la situazione, ad esempio quando entrano concorrenti sul mercato all'ingrosso o se si stabilizzano i prezzi. Un'eventuale potestà tariffaria con vigenza indeterminata violerebbe, di conseguenza, detta regola [55], però non richiederebbe la fissazione di una data di scadenza del potere d'intervento. Inoltre, la sua adattabilità ad un nuovo contesto e la sua attualizzazione periodica [56] costituiscono aspetti che vanno valutati positivamente.

ii) Contenuto

71. In secondo luogo, è necessario apprezzare il contenuto dell'intervento controverso. Se si vuole, quindi, evitare che l'importo pagato dal consumatore finale del gas naturale aumenti eccessivamente a causa dell'elevato livello del costo del petrolio, l'intervento pubblico deve

55 — In ciò si basa probabilmente la ragione per cui, nel procedimento parlamentare di conversione, si sottolinea il carattere transitorio del potere dell'Autorità.

56 — Secondo il governo italiano viene effettuata trimestralmente (punto 60 delle osservazioni).

limitarsi a detta componente del prezzo di vendita relativa alla materia prima[57].

iii) Destinatari

72. In terzo luogo, la proporzionalità obbliga a circoscrivere i destinatari della decisione statale. Le tariffe obbligatorie per utenti commerciali (che non siano famiglie o «clienti domestici») andrebbero al di là dell'obiettivo di tutela dei consumatori che, in ultima istanza, provvede la copertura all'intromissione pubblica nel mercato. Nel caso di specie, essa condurrebbe a chiarire se la categoria di «clienti nazionali» menzionata dal decreto legge presenti tale carattere. Le ricorrenti nella causa principale e il governo italiano hanno esposto in udienza le rispettive posizioni divergenti a tale riguardo. Incombe al giudice nazionale determinare se, in base alla normativa italiana e, soprattutto, secondo la decisione n. 64/09 dell'Autorità, la tutela tariffaria si applichi ad imprese; in caso di soluzione in senso affermativo, si dovrebbe ritenere che siffatto intervento sia sproporzionato e, quindi, contrario al diritto comunitario.

73. La Federutility, l'Assogas e la Libarna criticano anche l'estensione dei «prezzi di riferimento» al di là della categoria dei «clienti vulnerabili» di cui all'art. 3, n. 3, della direttiva. La disposizione mostra una particolare premura per questo gruppo di persone (in seguito menziona coloro che risiedono in zone periferiche), tuttavia nel contesto di un impegno generale di tutela dei consumatori. Pertanto, né dal citato n. 3 né dal precedente n. 2 si deduce che gli obblighi di servizio pubblico debbano fondarsi sempre sulla solidarietà sociale.

iv) Confronto con altri strumenti

74. In quarto luogo, fra tutte le soluzioni possibili bisognerebbe scegliere quella meno lesiva per la libera concorrenza. La giurisprudenza ha conferito un ampio margine di manovra in questa materia agli Stati membri, cui non impone la probatio diabolica che «nessun altro provvedimento immaginabile (...) garantire[bbe] l'adempimento di tali funzioni alle stesse condizioni»[58]. In tal senso la sentenza Albany[59] ha respinto la possibilità che le autorità dessero la preferenza alla soluzione meno restrittiva della concorrenza.

57 — La Commissione (punto 56), sostiene che ciò si verifica in Italia, elemento che, come i restanti, spetta al giudice nazionale verificare.

58 — Citate sentenze Commissione/Paesi Bassi, punto 58; Commissione/Italia, punto 54, e Commissione/Francia, punto 101.

59 — Sentenza 21 settembre 1999, causa C-67/96 (Racc. pag. I-5751, punti 99 e 104).

75. La Federutility riconosce che lo Stato italiano tutela la qualità e il prezzo della fornitura (oltre alla sicurezza e regolarità) mediante la designazione di un fornitore di ultima istanza. È compito del giudice italiano verificare se l'intervento tariffario e il servizio universale (previsto nell'art. 3, n. 3, della direttiva) confluiscano verso un medesimo scopo o se si orientino verso fini distinti e complementari.

76. Il «benchmarking» della Commissione ai sensi dell'art. 3, n. 6, della direttiva potrebbe essere utilizzato per un controllo di tal genere, mettendo a raffronto le soluzioni implementate nei vari Stati membri. Questo tipo di comparazione, tuttavia, va operato con la massima cautela, in quanto la direttiva stessa stabilisce «che gli obblighi relativi al servizio pubblico [siano] interpretati su base nazionale, tenendo conto di circostanze nazionali e fatto salvo il rispetto del diritto comunitario» (ventisettesimo «considerando»).

77. Fatto salvo il descritto test di proporzionalità, l'art. 86, n. 2, CE dispone che la misura adottata non comprometta gli scambi in misura «contraria agli interessi della Comunità».

78. Nelle citate tre sentenze 23 ottobre 1997[60], la Corte ha chiesto alla Commissione di definire l'interesse in parola. Tuttavia, come segnala l'avvocato generale Léger nelle sue conclusioni nella causa Wouter e a.[61], dette pronunce trovano una spiegazione considerando le norme che disciplinano l'onere della prova nei procedimenti per inadempimento. Concordo con il mio precedente collega che valutare un danno per gli scambi intracomunitari nel senso del menzionato art. 86, n. 2, CE, presuppone — in modo antitetico al concetto classico di misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa — la prova che il provvedimento controverso abbia turbato sostanzialmente il funzionamento del mercato interno.

2. La violazione dell'«interesse della Comunità»

79. Nel caso in esame, il tribunale italiano deve chiarire se l'intervento dell'Autorità sui prezzi abbia provocato siffatta alterazione. Nella sua ordinanza di rinvio ai fini della pronuncia pregiudiziale, detto giudice scorge l'incidenza negativa del «permanere di una disciplina che intervenga a contenere (...) il costo della materia prima» nel diritto di scelta del fornitore tutelato dalla direttiva. Occorre altresì accertare se si sia prodotto un danno

60 — Citate sentenze Commissione/Paesi Bassi, punto 69; Commissione/Italia, punto 65, e Commissione/Francia, punto 113.

61 — Conclusioni 10 luglio 2001 (sentenza 19 febbraio 2002, causa C-309/99, Racc. pag. I-1577).

reale e se, come indicato[62], osti all'apertura del mercato.

il vantaggio concorrenziale aggiuntivo che ne discenderebbe. Detta circostanza — e la vigenza a tempo indeterminato della misura — ha indotto il Conseil constitutionnel francese a dichiarare incostituzionale una norma di legge che assoggettava gli «operatori storici» a tariffe obbligatorie per l'approvvigionamento di energia elettrica e di gas naturale[63].

E — *Carattere non discriminatorio degli obblighi di servizio pubblico*

80. Conformemente all'art. 3, n. 2, della direttiva, gli obblighi di servizio pubblico per le imprese operanti nel settore del gas non devono generare discriminazioni.

81. Questa precisazione della disposizione è diretta a far sì che i menzionati obblighi vincolino ugualmente tutti gli operatori del settore, al fine di evitare un aggravamento dell'assenza di concorrenza.

82. Violerebbe la direttiva, ad esempio, l'imposizione di «prezzi di riferimento» unicamente all'operatore dominante, con

83. Orbene, nemmeno un'applicazione generale e indifferenziata assicura il principio di uguaglianza. L'Assogas aggiunge che le decisioni dell'Autorità creano una disparità di trattamento fra i fornitori di gas che, allo stesso tempo, sono attivi come grossisti e quelli che non lo sono, poiché, essendo gli uni e gli altri costretti a ridurre i prezzi minimi «di riferimento», nulla impedirebbe ai primi di rivalersi dell'aumento del costo della materia prima nelle vendite ai secondi. Dal fascicolo emerge che l'Autorità ha tentato di attenuare detto svantaggio per i dettaglianti, ingiungendo di rinegoziare i contratti di vendita all'ingrosso[64]. L'Assogas suggerisce che il sistema illustrato non è sufficiente, dal momento che l'Autorità non può intervenire d'imperio sui rapporti di diritto privato. Il tribunale remittente deve quindi accertare se vi sia stata una discriminazione che abbia causato un pregiudizio effettivo a taluni dettaglianti di gas naturale.

62 — Osservazioni della Federutility, punto 62.

63 — Decisione 30 novembre 2006, n. 2006-543. Il Conseil constitutionnel ha dichiarato manifestamente incompatibili con gli obiettivi liberalizzatori delle direttive comunitarie le menzionate tariffe per gli operatori storici, senza nessuna giustificazione nel servizio pubblico. Con riferimento a detta decisione, Schoettl, E., «Les problèmes constitutionnels soulevés par la loi relative au secteur de l'énergie», *Petites affiches*, 395e année (2006), n. 244, pagg. 3-23.

64 — Osservazioni della Sorgenia, pag. 6. Si tratta di misure di incentivo economico alla rinegoziazione, introdotte con la decisione n. 79/07dell'Autorità, di cui ai punti 22 e 23 delle osservazioni del governo italiano.

F — *Il ruolo dell'art. 3, n. 3, della direttiva nel presente caso*

84. Mentre nel n. 2 dell'art. 3 della direttiva è contemplata la creazione di obblighi di servizio pubblico come una semplice facoltà degli Stati «nell'interesse economico generale», nel n. 3 gli Stati prendono un impegno generico di «adotta[re] le misure appropriate per tutelare i clienti finali e garantire un elevato livello di tutela dei consumatori».

85. La possibilità di assoggettare la presente controversia al menzionato n. 3 è stata evocata in alcune memorie delle parti che hanno presentato osservazioni nel presente procedimento pregiudiziale, respingendola in modo più o meno riuscito.

86. Alcune delle ricorrenti nella causa principale sostengono che le decisioni controverse non si legittimano nell'ambito di detto n. 3, poiché si estende a qualsiasi tipo di utenti e non solamente a quelli «vulnerabili». Tale argomento è privo di fondamento, in quanto la disposizione non è circoscritta a dette persone, benché le menzioni espressamente al fine di dotarle di una tutela speciale.

87. Condivido con la Commissione la tesi che le decisioni che i governi nazionali devono approvare in osservanza all'art. 3, n. 3, della direttiva «non sembrano riferirsi in modo immediato alla previsione di obblighi tariffari posto che [vi è la] disposizione più specifica del paragrafo 2».

88. Il n. 3 fa riferimento solo indirettamente a disposizioni che incidono sui prezzi di fornitura del gas, inserendo nell'allegato A, cui rinvia, la necessità di informare i consumatori del loro diritto «di essere approvvigionati in gas di una qualità ben definita a prezzi ragionevoli» [lett. g)].

89. L'intervento sul prezzo della fornitura, di conseguenza, è una mera facoltà, disciplinata dal n. 2, e non dal n. 3.

90. L'art. 3, n. 3, rafforza i poteri degli Stati membri, consentendo loro — e persino imponendo loro — di intervenire in un mercato liberalizzato come quello del gas, quando percepiscano una minaccia concreta per gli utenti impossibile da evitare con gli strumenti del n. 2.

VII — Conclusioni

91. Alla luce delle riflessioni suesposte, suggerisco alla Corte di risolvere la questione pregiudiziale del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, dichiarando che:

«Gli artt. 3 e 23 della direttiva 2003/55/CE devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una norma nazionale che, tenuto conto della particolare situazione di un mercato, ancora caratterizzato dalla mancanza di condizioni di "concorrenza effettiva", ammetta la determinazione in via amministrativa del prezzo di riferimento del gas naturale, da indicarsi obbligatoriamente tra le offerte commerciali ai clienti domestici, purché detta norma nazionale osservi quanto disposto all'art. 3, n. 2, della direttiva 2003/55 e, segnatamente:

— si orienti verso un interesse economico generale, ad esempio, la necessità di mantenere i prezzi ad un livello ragionevole;

— superi il cosiddetto "test di proporzionalità" relativamente al tempo in cui resterà in vigore, al suo contenuto ed ai suoi destinatari;

— non alteri in modo sostanziale il funzionamento del mercato interno; e

— non crei discriminazioni fra gli operatori del settore».