



COMMENTI

Emergenza energetica, interventi pubblici sui prezzi al dettaglio e tutela della logica di mercato

Energy emergency, public intervention on retail prices and protection of market logic

di *Eugenio Bruti Liberati**

ABSTRACT

Nel contesto della situazione emergenziale derivante dalla guerra in Ucraina, l'art. 3 del d.l. n. 115/2022 ha posto dei limiti alla possibilità per i fornitori di elettricità e gas al dettaglio di aumentare il relativo prezzo. Interpretando estensivamente tale normativa, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nell'esercizio delle competenze relative alla vigilanza sul rispetto del Codice del Consumo, ha avviato alcune istruttorie contro fornitori che avevano aumentato il prezzo in questione alla scadenza contrattuale e ha adottato provvedimenti cautelari diretti a vietare in via transitoria la prosecuzione delle condotte in questione. Tali provvedimenti sono stati sospesi in via cautelare dal Consiglio di Stato, ma sulla base di una motivazione la cui coerenza con i principi posti dalla normativa UE sui prezzi dell'energia appare oggettivamente incerta.

In the context of the emergency situation arising from the war in Ukraine, Article 3 of Decree-Law no. 115/2022 has set limits on the freedom of retail electricity and gas suppliers to increase their prices. Interpreting this regulation extensively, the Competition and Market Authority, in exercising its competences related to monitoring compliance with the Consumer Code, has initiated investigations against suppliers who had increased the relevant prices at the contractual expiration and has adopted precautionary measures aimed at temporarily prohibiting the continuation of such practices. These measures have been suspended on a precautionary basis by the Council of State, but the rationale for this suspension appears objectively uncertain in its consistency with the principles established by EU regulations on energy prices.

Massima

L'art. 3 del d.l. n. 115/2022 menzionando le modificazioni unilaterali dei contratti si riferisce al solo *ius variandi* per contratti che non siano scaduti e non ai rinnovi contrattuali conseguenti a scadenze concordate dalle parti e pertanto esso sembra non poter incidere su rinnovi contrattuali predeterminati nell'esercizio della libertà negoziale se non a condizione di una inammissibile interpretazione estensiva della disposizione nazionale limitativa della libertà di mercato a situazioni non espressamente previste.

* Professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze Politiche Economiche e Sociali dell'Università del Piemonte Orientale.

SOMMARIO: 1. Premessa. Interventi straordinari degli Stati membri e rispetto della logica di mercato. – 2. I limiti posti dalla normativa euro-unitaria agli interventi pubblici sui prezzi. – 3. Il d.l. 9 agosto 2022, n. 115 e i provvedimenti dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato. – 4. L’intervento del Consiglio di Stato. – 5. Conclusioni.

1. Premessa. Interventi straordinari degli Stati membri e rispetto della logica di mercato

Sin dall’avvio dell’emergenza energetica determinata dalla guerra in Ucraina le istituzioni UE hanno operato per evitare che eventuali interventi straordinari degli Stati membri mettessero a repentaglio l’architettura del mercato interno dell’energia faticosamente costruita a partire dalla seconda metà degli anni Novanta del ’900.

A tale scopo, e in particolare rispetto agli interventi volti a fronteggiare l’aumento esponenziale dei prezzi di gas ed elettricità, esse hanno espressamente riconosciuto agli Stati membri il potere di adottare misure eccezionali, ma hanno imposto agli stessi di muoversi comunque all’interno di principi e regole dirette ad evitare alterazioni strutturali delle dinamiche concorrenziali¹.

Era infatti evidente il rischio che gli interventi pubblici volti a fronteggiare l’incremento dei prezzi mettessero in discussione la scelta di fondo della disciplina europea dei mercati dell’energia: la scelta di garantire alle imprese e ai loro finanziatori un contesto favorevole agli investimenti e alle iniziative industriali perché soggetto ad una regolazione economicamente razionale, trasparente e prevedibile.

Tali interventi sono stati quindi consentiti, ma definendo per gli stessi limiti e condizioni tali da escludere che essi potessero assumere un carattere arbitrario, opaco e distorsivo delle dinamiche concorrenziali e degli incentivi all’investimento.

Era del resto chiaro che, anche a prescindere dall’emergenza determinata dalla guerra, la forte ripresa delle politiche industriali avviate in Europa a partire quanto meno dalla fine del 2019 comportava e comporta un rischio non lieve di ritorno ad un intervento pubblico poco attento a criteri di razionalità economica e incline a seguire logiche estemporanee di ricerca del consenso².

2. I limiti posti dalla normativa euro-unitaria agli interventi pubblici sui prezzi

Rispetto agli interventi sui prezzi al dettaglio di gas ed elettricità – e non solo –, gli atti euro-unitari particolarmente rilevanti sono due: la Comunicazione

¹ Come inequivocabilmente afferma la Commissione nella sua Comunicazione dell’8 marzo 2022, RepowerEU, “*La situazione attuale dei mercati dell’energia è tale da poter richiedere l’intervento degli Stati membri nella fissazione dei prezzi al dettaglio al fine di conseguire gli obiettivi politici e garantire prezzi e costi dell’energia trasparenti e accessibili per i consumatori. I presenti orientamenti mirano a sostenere gli Stati membri nell’elaborazione di tali misure, garantendo che vadano a vantaggio dei consumatori durante l’attuale crisi e rafforzino la concorrenza a vantaggio dei consumatori nel lungo periodo*” (v. Allegato 1, par. 1)

² Su tale rischio v., tra gli altri, G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Il Mulino, Bologna, 2022; E. BRUTI LIBERATI, voce *Industria*, in *Enc. dir.*, I tematici, III, 2022, p. 654 ss.

della Commissione dell'8 marzo 2022, RepowerEU (e in particolare il suo Allegato 1) e il regolamento (UE) n. 1854/2022 del 6 ottobre 2022, «relativo ad un intervento di emergenza per far fronte ai prezzi elevati dell'energia».

La Comunicazione 8/3/2022 ovviamente non introduce norme nuove ma chiarisce – e valorizza – gli strumenti che la disciplina già vigente, e in particolare la direttiva UE 944/2019³, riconosceva e riconosce agli Stati membri per intervenire sui prezzi al dettaglio dell'elettricità.

Viene così ribadito che, ai sensi dell'art. 5 di tale direttiva, il principio generale è che il prezzo delle forniture elettriche è fissato liberamente dai fornitori⁴. Ma si precisa tuttavia che gli Stati membri possono regolare il medesimo per tutelare i clienti civili in condizioni di povertà energetica o vulnerabili e, per un periodo determinato di tempo e a certe condizioni, anche per tutelare clienti civili non vulnerabili e microimprese⁵.

In particolare, per quanto l'art. 5, par. 6, della direttiva preveda che la regolazione dei prezzi a favore di clienti *non vulnerabili* possa essere introdotta (o mantenuta) solo ai fini della creazione di una concorrenza effettiva tra i fornitori e per il tempo occorrente a tale scopo, la Comunicazione ne ammette espli-

³ Direttiva (UE) 2019/944 del 5 giugno 2019, recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica.

⁴ Osserva la Commissione che “L'articolo 5 [della direttiva 2019/944] stabilisce che i fornitori hanno la facoltà di determinare il prezzo della fornitura di energia elettrica ai clienti, che non è perciò fissato dal governo o da un organismo di regolamentazione. Questo perché in un mercato che funziona correttamente ed è basato sull'interazione tra domanda e offerta tale modalità di determinazione del prezzo: accrescerà il ruolo dei consumatori; invierà segnali di investimento nel mercato, sostenendo la sicurezza dell'approvvigionamento a medio termine e la transizione a un sistema decarbonizzato; favorirà il passaggio a un sistema elettrico flessibile, in particolare con la partecipazione della domanda; incoraggerà l'efficienza energetica e il risparmio energetico, in quanto il prezzo dell'energia è un segnale importante del valore reale dell'energia, e offrirà ai consumatori una scelta più ampia in quanto i fornitori sono in concorrenza per presentare offerte migliori sulla base di prezzi e servizi” (così l'Allegato 1 della Comunicazione RepowerEU, al par. 1).

Sulla scelta di fondo della legislazione euro-unitaria a favore dell'operare dei meccanismi concorrenziali nella determinazione dei prezzi dell'energia, e dunque sul carattere necessariamente transitorio e limitato degli interventi pubblici di regolazione di tali prezzi, v. Corte Giust. 20 aprile 2010, in causa C-265/08, *Federutility e altri contro Autorità per l'energia elettrica e il gas*. V. anche in dottrina A. TRAVI, *La (diretta o indiretta) regolazione dei prezzi: presupposti e limiti di ammissibilità nei mercati liberalizzati. Stimolo all'efficienza e principio di aderenza ai costi*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 177 ss.; D. SIMEOLI, *Tariffe e prezzi di riferimento*, in G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Quali regole per il mercato del gas?*, *Annuario del diritto dell'energia*, il Mulino, Bologna, 2014, p. 147 ss. È ben noto che, anche alla luce della citata sentenza della Corte di giustizia, la Commissione UE ha esercitato una forte pressione sul governo italiano perché eliminasse le residue forme di regolazione amministrata dei prezzi al dettaglio di elettricità e gas, che è stata poi in effetti sancita dal legislatore italiano (v. l'art. 1, comma 60, legge 4 agosto 2017, n. 152 e l'art. 16-ter del d.l. 6 novembre 2021, n. 152, conv. con legge 29 dicembre 2021, n. 233).

⁵ V. ancora l'Allegato 1 della Comunicazione RepowerEU, par. 1 e 2. È utile ricordare che il par. 3 dell'art. 5 della direttiva 2019/944 prevede che “In deroga ai paragrafi 1 e 2, gli Stati membri possono attuare interventi pubblici nella fissazione dei prezzi dell'energia elettrica ai clienti civili in condizioni di povertà energetica o vulnerabili. Tali interventi pubblici sono soggetti alle condizioni indicate ai paragrafi 4 e 5”; e che il successivo par. 6 dello stesso art. 6 dispone che “Ai fini di un periodo di transizione volto a creare una concorrenza effettiva tra fornitori per i contratti di fornitura di energia elettrica e a conseguire una definizione dei prezzi al dettaglio dell'energia elettrica che sia pienamente efficace e basata sul mercato ai sensi del paragrafo 1, gli Stati membri possono attuare interventi pubblici di fissazione dei prezzi di fornitura dell'energia elettrica ai clienti civili e alle microimprese che non beneficiano degli interventi pubblici a norma del paragrafo 3”.

citamente l'utilizzo da parte degli SM anche per fare fronte ai prezzi elevati e volatili determinati dall'emergenza ucraina⁶.

Tale possibilità è peraltro sottoposta a limiti puntuali, che sono in linea generale quelli indicati nell'art. 5 della direttiva 2019/944⁷, ma che la Commissione, nella Comunicazione RepowerEU, specifica e chiarisce⁸.

Tra tali limiti occorre ricordarne in particolare tre.

In primo luogo, la regolazione dei prezzi non deve pregiudicare l'obiettivo di fondo di instaurare mercati pienamente concorrenziali e di responsabilizzare i consumatori. Dunque, l'intervento sui prezzi al dettaglio non soltanto deve essere in sé necessariamente transitorio, ma deve anche evitare di porre indirettamente ostacoli di carattere strutturale al ripristino, nel lungo periodo e comunque al termine della fase di emergenza, delle ordinarie dinamiche di mercato.

In secondo luogo, la regolazione dei prezzi deve essere – ovviamente – proporzionata e non deve quindi interferire più del necessario con il normale funzionamento del mercato. Essa deve pertanto risultare conseguente e coerente con *“le circostanze specifiche attuali, caratterizzate da prezzi elevati e volatili dell'energia all'ingrosso”*, tenendo conto dell'*“obiettivo generale di garantire la transizione a lungo termine verso un mercato al dettaglio pienamente competitivo”* (oltre che di quello di agevolare la transizione energetica)⁹.

Infine, e soprattutto, i prezzi regolati non possono essere fissati in modo arbitrario e devono invece *riflettere i costi*¹⁰. Tenuto conto della circostanza che *“l'individuazione del prezzo di riferimento adeguato per i costi sostenuti dai fornitori che acquistano energia elettrica è particolarmente difficile in un*

⁶ Tale interpretazione estensiva dell'art. 5, par. 6, della direttiva viene motivata dalla Commissione ricollegando il medesimo al Considerando 23 della direttiva, secondo cui *“Gli obblighi di servizio pubblico sotto forma di fissazione dei prezzi di fornitura dell'energia elettrica dovrebbero essere utilizzati in circostanze e per beneficiari ben definiti, senza prevalere sul principio di apertura dei mercati, e dovrebbero avere una durata limitata. Tali circostanze potrebbero ad esempio verificarsi nel caso in cui la fornitura sia fortemente limitata, il che comporta prezzi dell'energia elettrica più elevati del normale, oppure nel caso di un fallimento del mercato in cui gli interventi da parte delle autorità di regolazione e delle autorità preposte alla tutela della concorrenza sono risultati inefficaci. Ciò si ripercuoterebbe in misura sproporzionata sulle famiglie e, in particolare, sui consumatori vulnerabili che, rispetto ai consumatori con reddito elevato, di solito per pagare le bollette energetiche spendono una percentuale più elevata del proprio reddito disponibile”*.

⁷ V. i parr. 4 e 5 dell'art. 5 per quanto attiene agli interventi volti a proteggere i clienti vulnerabili, e il par. 7 per gli interventi riguardanti i clienti non vulnerabili.

⁸ V. in particolare il par. 5.

⁹ V. la Comunicazione RepowerEU, par. 4.

¹⁰ Scrive la Commissione nel par. 6 della Comunicazione RepowerEU che *“I prezzi regolati dovrebbero riflettere i costi, a un livello in cui possa verificarsi un'effettiva concorrenza sui prezzi. A tale riguardo gli Stati membri dovrebbero tenere conto di quanto segue:*

la metodologia di fissazione dei prezzi regolati dovrebbe essere pienamente verificabile;

per il processo di calcolo l'autorità che applica i prezzi regolati dovrebbe avere accesso alle necessarie informazioni sulla struttura dei costi del settore;

il prezzo regolato deve essere in grado di coprire i costi ragionevolmente sostenuti dai fornitori e valutato sulla base di criteri economici oggettivi, compresi i costi regolati o amministrativi;

l'individuazione del prezzo di riferimento adeguato per i costi sostenuti dai fornitori che acquistano energia elettrica è particolarmente difficile in un periodo di prezzi elevati e volatili. È tuttavia importante che i prezzi regolati, anche se eventualmente inferiori a quanto richiesto per coprire i costi del mercato all'ingrosso in uno specifico periodo a breve termine, riflettano i costi tenendo conto di un periodo più lungo debitamente giustificato. Questo potrebbe ad esempio essere basato sul normale acquisto anticipato di energia da parte dei fornitori nello Stato membro interessato”.

periodo di prezzi elevati e volatili”, è ammesso che i prezzi regolati possano essere inferiori ai costi in uno specifico periodo a breve termine, ma in tal caso devono comunque rispecchiare i costi tenendo conto di un periodo più lungo “*debitamente giustificato*”¹¹.

La Commissione ha quindi ribadito che l'emergenza determinata dalla crisi ucraina non può essere l'occasione per un ritorno a regolazioni economiche sganciate da rigorosi criteri di razionalità economica: se interventi di fissazione autoritativa dei prezzi possono eccezionalmente ammettersi anche per attività che, come la fornitura di elettricità e gas, sono svolte in regime di concorrenza nel mercato, tuttavia gli stessi non possono in alcun modo tornare ad essere guidati o condizionati da una logica solo o prevalentemente politica¹² e devono comunque garantire agli operatori la copertura dei costi sostenuti per l'erogazione del relativo servizio¹³.

Nulla esclude ovviamente che, per ragioni di carattere sociale, in presenza di un aumento esponenziale di quei costi, gli Stati possano decidere di sostenerne una parte, riducendo gli oneri in capo ai clienti finali¹⁴ e corrispondendo la differenza ai fornitori: ma contrasterebbe con la scelta di sistema operata con le normative europee di liberalizzazione di tali mercati una disciplina nazionale che pretendesse invece di lasciare quella differenza in capo alle imprese.

Tale conclusione, implicita nelle regole europee sul funzionamento dei mercati dell'energia, è stata del resto esplicitata, con specifico riferimento agli interventi eccezionali volti a fronteggiare l'enorme incremento del prezzo dell'energia elettrica causato dalla guerra in Ucraina, dal regolamento (UE) n. 1854/2022.

Nel regolamento si è infatti previsto che “*in deroga alle norme dell'Unione in materia, ..., gli Stati membri possono fissare, in via eccezionale e temporanea, un prezzo dell'energia elettrica inferiore ai costi*”, ma a condizione – tra l'altro – che “*i fornitori ricevano una compensazione per le forniture sotto il prezzo di costo*”¹⁵.

Il principio di necessaria corrispondenza tra prezzo amministrato e costi sostenuti per erogare le forniture è nella sostanza confermato: se lo Stato pre-

¹¹ V. ancora la Comunicazione al par. 6.

¹² Che tale logica fosse prevalente negli interventi di fissazione autoritativa dei prezzi attuali in Italia prima delle liberalizzazioni degli anni Novanta del '900 è fin troppo noto: si veda al riguardo TRAVI, *op. loc. cit.*

¹³ V. al riguardo Cons. Stato, VI, 14 maggio 2021, n. 3809 (con nota di E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione tariffaria incentivante e full cost recovery: il Consiglio di Stato pone un limite chiaro al potere delle Autorità indipendenti*, in *Foro it.*, 2021, III, 653 ss.).

¹⁴ Ovviamente, laddove i clienti finali siano imprese, tali interventi dovranno comunque essere rispettosi della normativa sugli aiuti di Stato.

¹⁵ Così prevede l'art. 13 del regolamento n. 1854/2019, intitolato “*Possibilità temporanea di fissare prezzi dell'energia elettrica inferiori ai costi*”, il cui testo completo recita: “*In deroga alle norme dell'Unione in materia, quando gli interventi pubblici nella fissazione dei prezzi si applicano alla fissazione dei prezzi di fornitura dell'energia elettrica a norma dell'articolo 5, paragrafo 6, della direttiva (UE) 2019/944 o dell'articolo 12 del presente regolamento, gli Stati membri possono fissare, in via eccezionale e temporanea, un prezzo di fornitura dell'energia elettrica inferiore ai costi, purché siano soddisfatte tutte le condizioni seguenti: a) la misura riguarda un volume limitato di consumo e conserva un incentivo alla riduzione della domanda; b) non è fatta alcuna discriminazione tra fornitori; c) i fornitori ricevono una compensazione per le forniture sotto il prezzo di costo; e d) tutti i fornitori hanno il diritto di presentare offerte al prezzo di fornitura dell'energia elettrica inferiore ai costi sulla stessa base*” (sottolineatura aggiunta).

V. anche i Considerando 48 e 49 e l'art. 12 del Regolamento.

vede che i clienti finali siano chiamati a pagare l'energia ad un prezzo inferiore al costo, i fornitori devono "essere equamente compensati per i costi sostenuti per rifornire a prezzi regolati"¹⁶.

3. Il d.l. 9 agosto 2022, n. 115 e i provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato

È nel quadro della disciplina euro-unitaria sopra richiamata che s'inserisce la nota vicenda del d.l. 9 agosto 2022 n. 115 (conv. con la legge n. 142/2022) e degli interventi posti in essere dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato per limitare – o, meglio, escludere – la possibilità per i fornitori di elettricità e gas di aumentare i relativi prezzi al dettaglio durante l'emergenza provocata dalla guerra in Ucraina.

Nella sua formulazione originaria, l'art. 3 d.l. prevedeva che "Fino al 30 aprile 2023 è sospesa l'efficacia di ogni eventuale clausola contrattuale che consente all'impresa fornitrice di energia elettrica e gas naturale di modificare unilateralmente le condizioni generali di contratto relative alla definizione del prezzo ancorché sia contrattualmente riconosciuto il diritto di recesso alla controparte".

Tale norma, emanata dopo la Comunicazione della Commissione dell'8 marzo 2022 ma prima del regolamento n. 1854/2022, realizzava direttamente, senza il tramite del regolatore settoriale, un intervento di parziale e transitorio blocco dei prezzi al dettaglio di elettricità e gas.

La disposizione non precisava a chi competesse la vigilanza sul rispetto del vincolo da essa imposto ai fornitori.

Per quanto il più naturale destinatario di tali compiti di controllo fosse ARE-RA, nella sua qualità di autorità preposta alla regolazione e alla vigilanza sul settore energetico, tuttavia, di fatto, un ruolo prevalente è stato viceversa assunto dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nell'affermato esercizio delle sue competenze in tema di pratiche commerciali scorrette.

Nell'ottobre del 2022 l'Autorità garante ha infatti avviato una serie di provvedimenti per violazione degli artt. 20, 24 e 25 del Codice del consumo¹⁷, sul

¹⁶ Così il Considerando 49 del Regolamento. Si noti che il Regolamento prevede che gli Stati possano ricavare le risorse necessarie per corrispondere ai fornitori la differenza tra prezzo regolato e costi attraverso altre misure in esso contemplate, e in particolare mediante le entrate provenienti dall'applicazione del tetto sui ricavi di mercato (v. ancora lo stesso Considerando 49).

¹⁷ È forse utile ricordare qui almeno l'art. 20 del Codice del consumo (cioè, del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), secondo cui "1. Le pratiche commerciali scorrette sono vietate. 2. Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori. 3. Le pratiche commerciali che, pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, sono idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo. È fatta salva la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera. 4. In particolare, sono scorrette le pratiche commerciali: a) ingannevoli di cui agli articoli 21, 22 e 23 o b) aggressive di cui agli articoli 24, 25 e 26".

presupposto che le imprese interessate dagli stessi avrebbero operato aumenti di prezzi in contrasto con l'art. 3 del d.l. n. 115/2022 e che questo avrebbe concretato condotte commercialmente scorrette.

Secondo l'Autorità garante, l'art. 3 del d.l. n. 115/2022 avrebbe precluso ai fornitori *qualunque* variazione in aumento del prezzo al dettaglio di elettricità e gas fino alla data da esso indicata: dunque, non soltanto le modifiche unilaterali *prima della scadenza* del prezzo (in generale consentite dalla regolazione settoriale a determinate condizioni) ma anche le modifiche *alla scadenza* del prezzo contrattualmente prevista, pur se comunicate ai clienti col dovuto preavviso.

In virtù di tale radicale interpretazione, l'Autorità garante adottava anche, ai sensi dell'art. 27, comma 3, Codice del consumo, provvedimenti di sospensione provvisoria delle condotte da essa contestate, che, nelle more del procedimento, imponevano ai fornitori di mantenere lo stesso prezzo pur se contrattualmente scaduto.

Tali provvedimenti amministrativi di sospensione, impedendo ai fornitori di adeguare il prezzo al dettaglio scaduto agli aumenti straordinari nel frattempo intervenuti nei prezzi all'ingrosso di elettricità e gas, comportavano per gli stessi danni molto rilevanti.

Tutti gli operatori interessati dai suddetti provvedimenti agivano, pertanto, dinanzi al giudice amministrativo, chiedendo la sospensione e l'annullamento dei medesimi.

4. L'intervento del Consiglio di Stato

A seguito della presentazione dei ricorsi contro i primi provvedimenti di sospensione delle condotte assunti dall'Autorità garante, il TAR Lazio non disponeva la sospensione degli stessi, ma si limitava a fissare sollecitamente l'udienza di merito¹⁸.

Le istanze cautelari delle ricorrenti venivano invece pienamente accolte, in grado di appello, dal Consiglio di Stato, che accordava la sospensione dei provvedimenti impugnati¹⁹.

Gli argomenti rinvenibili nella motivazione di tali decisioni erano fondamentalmente due: da un lato, ad avviso del Consiglio di Stato, il danno derivante dai provvedimenti impugnati era ingente e l'Autorità non aveva formulato al riguardo nessuna considerazione specifica, *“mentre sarebbe stata necessaria una anche sommaria valutazione prospettica dell'impatto della misura configurata sulla tenuta del sistema delle imprese elettriche e della sua sostenibilità o quanto meno dell'impatto sulla singola impresa destinataria dell'ordine”*; dall'altro, nella sua formulazione letterale l'art. 3 del d.l. n. 115/2022 sembrava precludere alle imprese soltanto aumenti di prezzo *prima* della scadenza contrattualmente prevista, con la conseguenza che farne discendere (anche) un divieto di aumento *dopo* la scadenza avrebbe comportato *“una inammissibile*

¹⁸ V. Tar Lazio, I, ord. n. 7518/2022, nonché ord. n. 7517/2022. In entrambe le decisioni si afferma che *“la causa necessita degli adeguati approfondimenti di merito e che nel frattempo gli interessi della parte ricorrente possono essere adeguatamente tutelati mediante la sollecita fissazione dell'udienza di discussione”*.

¹⁹ Cons. Stato, VI, ord. n. 5986/2022 del 22 dicembre 2022 e n. 75/2023 del 13 gennaio 2023.

interpretazione estensiva della disposizione nazionale limitativa della libertà di mercato a situazioni non espressamente previste”²⁰.

Per quanto sia indubbio il rilievo che nella decisione cautelare del Consiglio di Stato ha assunto il profilo del danno e della sua entità anche sistemica, è soprattutto il secondo argomento che merita qui di essere sottolineato, da un duplice punto di vista.

È significativo, in primo luogo, il fatto che il giudice amministrativo abbia qui rimarcato che l’interpretazione accolta dall’Autorità garante si sarebbe tradotta in una limitazione della libertà riconosciuta dall’ordinamento in ordine alla fissazione del prezzo al dettaglio dell’energia da parte delle imprese fornitrici. Sotto questo profilo, è verosimile – pur se le ordinanze non contengono, nel passaggio che si sta considerando, un esplicito riferimento alla normativa europea – che il Consiglio di Stato abbia tenuto ben presente la (sopra citata) disciplina dettata dall’art. 5 della direttiva n. 944/2019 e la sua scelta di sistema a favore di prezzi dell’energia elettrica determinati ordinariamente dalle dinamiche di mercato. La centralità di tale scelta di fondo e delle regole che la esprimono non è stata forse irrilevante nel convincere il supremo giudice amministrativo della impossibilità di avallare una lettura estensiva dell’art. 3 del d.l. n. 115/2022.

Tuttavia, non si può non segnalare che nel ragionamento svolto dal Consiglio di Stato è presente anche una considerazione almeno in parte dissonante, apparentemente assai meno incline a seguire le direttrici segnate dalla normativa europea: si legge infatti in un altro passaggio della prima delle due ordinanze adottate dal Consiglio di Stato *“che è delicata ed andrà esaminata nel merito la questione relativa alla incidenza del Regolamento UE 2022/1854 sulla validità del provvedimento non potendosi allo stato negare la sopravvivenza della disciplina nazionale di cui all’art. 3 dl n. 115 del 2022 (nei termini specificati di seguito) ispirata ad un’altra filosofia che a giudizio del Collegio potrebbe non essere lesiva dell’autonomia negoziale per l’eccezionalità della situazione economica in corso a condizione del rispetto del principio di legalità e della sostenibilità concreta delle misure”²¹.*

Sembra quindi che, secondo il Consiglio di Stato, se l’art. 3 del d.l. n. 115/2022 avesse esplicitamente precluso aumenti di prezzo anche alla sca-

²⁰ Si legge al riguardo nell’ordinanza n. 5986/2022 che *“l’art. 3 del dl n. 115 del 2022 menzionando le modificazioni unilaterali dei contratti si riferisce al solo ius variandi per contratti che non siano scaduti e non ai rinnovi contrattuali conseguenti a scadenze concordate dalle parti e ... pertanto esso sembra non poter incidere su rinnovi contrattuali predeterminati nell’esercizio della libertà negoziale se non a condizione di una inammissibile interpretazione estensiva della disposizione nazionale limitativa della libertà di mercato a situazioni non espressamente previste”.*

Nell’ordinanza in questione si rinviene per la verità anche un terzo argomento, che attiene al necessario nesso di strumentalità tra provvedimenti cautelari dell’AGCM e provvedimenti sanzionatori, e che peraltro, nella sua concreta formulazione, sembra rimandare alle due precedenti argomentazioni: si legge infatti che il congelamento dei prezzi operato dagli atti dell’AGCM *“anche di fronte a fattispecie di rinnovo è disposto nell’ambito di un procedimento di accertamento di pratiche commerciali scorrette che conduce all’applicazione di una sanzione pecuniaria che, pur rilevante, può giustificare misure anticipatorie amministrative cautelari nella forma dell’inibitoria legata da un nesso di strumentalità alla sanzione finale che sarà eventualmente disposta dall’Autorità solo ove sussistano ragionevoli “certezze” sul piano interpretativo della disposizione nazionale, mentre, ad un primo esame, appare che il provvedimento segua in materia sanzionatoria una interpretazione estensiva della norma di legge limitativa che può condurre a pregiudizi incidenti su singole imprese o prospettivamente sistemici che non appaiono adeguatamente valutati”.*

²¹ Così ancora l’ordinanza n. 5986/2022 (sottolineatura aggiunta).

denza contrattualmente fissata e se l’Autorità garante della concorrenza e del mercato, nei suoi provvedimenti di sospensione delle condotte, avesse formulato qualche considerazione sulla sostenibilità per le imprese dei medesimi, l’esito almeno cautelare del contenzioso avrebbe potuto essere diverso. In questa prospettiva sembrerebbe che né la direttiva UE n. 944/2019, come chiarita e specificata dalla Commissione nella sua Comunicazione RepowerEU, né il regolamento n. 1854/2022 avrebbero rappresentato, ad avviso del giudice amministrativo, un ostacolo insormontabile per il legislatore italiano e per l’autorità intervenuta per dare cogente attuazione alle sue previsioni.

Il contrasto con l’ordinamento euro-unitario è stato in questo caso evitato, a causa della formulazione – deliberata o semplicemente imperfetta – della norma nazionale e della motivazione incompleta e insufficiente dei provvedimenti dell’Autorità garante: ma cosa accadrebbe – o accadrà – in futuro in presenza di eventuali ulteriori interventi legislativi e amministrativi analogamente diretti ad incidere sui prezzi dell’energia (o di altri servizi essenziali) senza rispettare i limiti posti dall’ordinamento europeo?

5. Conclusioni

Dopo il deposito della prima delle due ordinanze del Consiglio di Stato, il legislatore è intervenuto con una norma interpretativa, chiarendo che il divieto di aumentare il prezzo *“non si applica alle clausole contrattuali che consentono all’impresa fornitrice di energia elettrica e gas naturale di aggiornare le condizioni economiche contrattuali alla scadenza delle stesse”*²².

Nessun dubbio poteva quindi più esservi sul fatto che il blocco dei prezzi riguardasse solo le modifiche unilaterali anteriori alla scadenza fissata in contratto. E pertanto il TAR Lazio, nel decidere nel merito i giudizi, ha ribadito che l’interpretazione estensiva accolta dall’Autorità garante nei provvedimenti di sospensione delle condotte non era corretta.

In tal modo la vicenda innescata dall’intervento eccezionale del legislatore italiano e dell’autorità preposta alla vigilanza sul rispetto del Codice del consumo poteva dirsi conclusa.

Restano i dubbi sulle indicazioni che è possibile trarne sul piano dei futuri assetti della disciplina primaria e secondaria in materia di prezzi dell’energia e più in generale su quello dei vincoli dell’intervento pubblico limitativo delle libertà economiche.

È indubbio che la forte ripresa della politica industriale, a livello non più solo nazionale ma anche e soprattutto europeo, comporta maggiori limitazioni per l’autonomia decisionale delle imprese, che in molti ambiti vengono ora variamente indirizzate verso scelte coerenti con gli obiettivi – ambientali, digitali e di autonomia strategica – definiti come prioritari in sede UE.

Tale ri-espansione della politica industriale appare per più ragioni opportuna e anzi necessaria. Tuttavia, com’è già stato sottolineato da molti, è indispensabile che la nuova stagione di interventi pubblici sui mercati non comporti l’abbandono di alcuni caratteri cruciali e qualificanti del modello che si è affermato negli ultimi decenni: e in particolare quello rappresentato dal carat-

²² Così recita l’attuale testo dell’art. 3, comma 1, d.l. n. 115/2022, come modificato dall’art. 11, comma 8, d.l. 29 dicembre 2022, n. 198 (conv. con legge 24 febbraio 2023, n. 14).

tere economicamente razionale, prevedibile e imparziale della regolazione economica, da cui dipende in misura non lieve la effettiva propensione delle imprese e dei loro finanziatori ad investire in ambiti economici in cui l'apporto di capitali privati appare essenziale anche per realizzare gli obiettivi di interesse generale sopra richiamate²³.

In questa prospettiva gli esiti della vicenda si è qui considerata non appaiono del tutto rassicuranti: il legislatore italiano, trascurando il modello – apparentemente, assai coerente e razionale – delineato dalla Commissione europea e poi dal regolamento n. 1854/2022, è intervenuto con una disciplina non univocamente formulata, suscettibile quindi di interpretazioni assai diverse tra loro e fonte di rilevanti incertezze per le imprese e per i clienti; l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha adottato di tale normativa l'interpretazione più radicale, con apparente noncuranza dei costi straordinariamente rilevanti che la stessa avrebbe comportato per il sistema delle imprese che riforniscono energia elettrica e gas naturale ai clienti finali; il giudice amministrativo, pur essendo intervenuto tempestivamente in sede cautelare per evitare tali danni sistemici, ha lasciato intendere che la sua decisione avrebbe potuto essere diversa, e assai meno consonante con le scelte di fondo del legislatore europeo, laddove la norma nazionale fosse stata differentemente formulata.

Per chi crede che il mercato possa e debba essere attentamente regolato e anche, quando occorre, opportunamente orientato verso scelte conformi all'interesse generale, ma sempre con misure pubbliche tecnicamente fondate, proporzionate e ben motivate, le ragioni di preoccupazione non mancano.

²³ Sul punto v. ancora gli A. citati sopra alla nota 2.