

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

NUOVE FRONTIERE DELLA REGOLAZIONE
CONFORMATIVA DEI MERCATI: ESPERIENZE A
CONFRONTO

NUMERO MONOGRAFICO

A CURA DI M. CAPPAL, A. DAVOLA, U.
MALVAGNA, S. VACCARI

OTTOBRE / DICEMBRE

2025

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO⁺

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

ADRIANA ANDREI, GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI,
ALESSANDRA CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, EDOARDO
CECCHINATO, PAOLA DASSISTI, ANTONIO DAVOLA, ANGELA
GALATO, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA
SERAFINO LENTINI, PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO,
UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA
MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA
PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA, GIULIA TERRANOVA, VERONICA
ZERBA (SEGRETARIO DI REDAZIONE)

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNAZI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INViate AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBIA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

IL PRESENTE FASCICOLO RACCOGLIE GLI ATTI DEL
CONVEGNO «NUOVE FRONTIERE DELLA
REGOLAZIONE CONFORMATIVA DEI MERCATI:
ESPERIENZE A CONFRONTO» TENUTOSI PRESSO
L'UNIVERSITÀ DI TRENTO IL 6 E IL 7 FEBBRAIO
2025

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Il ruolo di ARERA tra funzione di regolazione e funzione di enforcement*

SOMMARIO: 1. L'indipendenza di Arera alla luce della normativa euro-unitaria – 2. La regolazione del settore energetico – 3. Il riparto di competenze in materia di concorrenza e di pratiche commerciali scorrette nel settore energetico – 4. L’“enforcement” della regolazione con particolare riferimento all’ordine di cessazione delle condotte lesive dei diritti degli utenti.

1. L'indipendenza di Arera alla luce della normativa euro-unitaria

Il tema dell'indipendenza delle autorità di regolazione dei settori dell'energia elettrica e del gas naturale, e, nello specifico, di Arera (Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente) può essere utilmente trattato dando atto - per quanto possibile - del significato del lemma “regolazione”. Non può essere passata sotto silenzio, infatti, la circostanza secondo la quale in alcuni settori, ivi compreso quello energetico, «l'organizzazione efficiente delle risorse non può essere attesa come risultato della spontanea interazione dei privati, ma dev'essere necessariamente conseguita artificialmente attraverso una più intensa attività di “regolazione”. Di qui, dunque, la creazione di nuovi attori pubblici», vale a dire le autorità di regolazione, rientranti nella categoria delle «autorità amministrative indipendenti, a cui è demandato il compito di vigilare e indirizzare l'andamento di tali settori»¹.

La regolazione consiste, segnatamente, nell'esercizio di poteri autoritativi volti alla creazione di regole di comportamento cogenti per

*L'Autore è funzionario presso l'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente e Dottore di ricerca in Diritto Privato e dal 1° gennaio 2026 è temporaneamente distaccato presso ACER, l'Agenzia dell'Unione Europea per la cooperazione fra i regolatori dell'energia. Il presente contributo costituisce lo sviluppo della relazione svolta in occasione dell'evento «Nuove frontiere della regolazione conformativa dei mercati: esperienze a confronto», tenutosi i giorni 6 e 7 febbraio 2025 presso l'Università di Trento. Le opinioni qui espresse devono intendersi formulate a titolo personale e non coinvolgono, dunque, le amministrazioni di appartenenza.

¹C.A. VALENZA, *Concorrenza, regolazione e giustizia del contratto*, in *Contr. Impr.*, 2024, 3, 722.

i soggetti che operano in un determinato settore². Venendo all'incidenza della regolazione sull'autonomia dei privati, ossia degli attori del mercato, risulta in particolare che «la finalità ultima dell'intervento» di tali organismi, e, quindi, della regolazione dagli stessi emanata, «è la conformazione del medesimo mercato al modello concorrenziale selezionato o comunque il raggiungimento di obiettivi più ampi di quelli inerenti alla singola operazione»³ o contratto, in modo da garantire il buon funzionamento del mercato e, in senso lato, del settore affidato alla cura della stessa Autorità di regolazione.

Per la suddetta ragione, dunque, l'indipendenza del soggetto deputato a porre regole vincolanti per la conformazione di un mercato deve essere costantemente assicurata non solo nei confronti dei soggetti destinatari delle regole, ma, altresì, di altri soggetti pubblici, ivi compreso lo stesso legislatore, in ragione delle competenze - esclusive - riconosciute dal diritto dell'Unione Europea alle autorità di regolazione.

Volendo rappresentare, pur in forma stilizzata, l'intima essenza della regolazione, può dirsi che essa persegue il fine di dettare, all'indirizzo degli operatori, previsioni imperative consistenti in regole cogenti di comportamento che consentano che la ricerca del profitto avvenga compatibilmente con gli altri interessi presenti in una società ed in accordo al modello, fatto proprio dall'Unione europea, dell'economia sociale e di mercato⁴. Del resto, la stessa «correzione dell'assetto contrattuale persegue un obiettivo che trascende il carattere privato dell'affare» e «guarda a un orizzonte più ampio», che è oggi «rappresentato dall'assetto complessivo del mercato»⁵ di riferimento. Non è un caso, quindi, che il giudice amministrativo - viene in rilievo, in particolare, la sentenza del Consiglio di Stato 24 maggio 2016, n. 2182 - abbia chiarito, al di là dell'esito del contenzioso affrontato in quell'occasione, che le previsioni della legge n. 481/95, istitutiva di Arera, «attribuiscono all'Autorità poteri ampi di etero-integrazione,

²A. MANGANELLI, G. NAPOLITANO, *Regolazione, diritto e istituzioni*, in *Economia e diritto della regolazione*, C. CAMBINI, A. MANGANELLI, G. NAPOLITANO, A. NICITA (a cura di), Bologna, 2024, 137.

³C.A. VALENZA, *op.cit.*, 724.

⁴C.A. VALENZA, *op.cit.*, 730.

⁵T. DALLA MASSARA, A. NERVI, *Il contratto è politica riflessioni sul contemporaneo in una conversazione con Giuseppe Guizzi*, Milano, 2024, 26.

suppletiva e cogente, dei contratti, sopra indicati, per il perseguimento delle specifiche finalità individuate. Si tratta di un potere che, essendo attribuito da una norma imperativa, diventa esso stesso, insieme a tale norma, parametro di validità del contratto». In tal senso, «anche una semplice operazione contrattuale posta in essere da un consumatore per soddisfare una propria esigenza di vita può diventare un problema di mercato, nella misura in cui essa, pur conforme alla concorde volontà delle parti, presenti delle difformità rispetto alle regole di funzionamento del mercato rilevante»⁶.

Si avverte, infatti, la necessità di «conformare il mercato di riferimento, iniettandovi - per così dire - dosi di concorrenzialità»⁷, senza che sia estranea a tale intervento l'esigenza, in sé e per sé considerata e conseguentemente valorizzata, di assicurare una maggiore protezione dei consumatori, guardando, dunque, anche all'interesse individuale dei clienti finali destinatari della fornitura di energia elettrica e/o gas⁸.

Recentemente, la direttiva 2024/1788 del 13 giugno 2024, relativa a norme comuni per i mercati interni del gas rinnovabile, del gas naturale e dell'idrogeno, che modifica la direttiva 2023/1791 e che abroga la direttiva 2009/73/CE, ha confermato al proprio art. 76 – sulla scia, lo vedremo a breve, di altre previsioni del legislatore UE – l'obbligo degli Stati membri di garantire l'indipendenza dell'Autorità di regolazione, facendo sì che quest'ultima «sia giuridicamente distinta e funzionalmente indipendente da qualsiasi soggetto pubblico o privato» (paragrafo 4, lett. a). In particolare, gli Stati membri, al fine di tutelare l'indipendenza dell'Autorità di regolazione, provvedono affinché tale Autorità «possa prendere decisioni autonome in maniera indipendente da qualsiasi organo politico» (paragrafo 5, lett. a).

Significativamente, la citata direttiva, al considerando 117, prevede poi che «Ai fini del buon funzionamento del mercato interno del gas naturale le autorità di regolazione devono essere in grado di prendere decisioni su tutti gli aspetti della regolamentazione ed essere interamente indipendenti da altri interessi pubblici o privati»,

⁶T. DALLA MASSARA, A. NERVI, *op.cit.*, 91.

⁷T. DALLA MASSARA, A. NERVI, *op.cit.*, 28.

⁸Si pensi, in tal senso, alla disciplina regolatoria adottata in tema di morosità del cliente finale (Allegato A alla deliberazione 258/2015/R/com per il settore elettrico e Allegato A alla deliberazione ARG/gas 99/11 per il settore gas).

soggiungendo, al considerando 121, che «Le autorità di regolazione dovrebbero avere il potere di adottare decisioni vincolanti per le imprese (...) e di imporre sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive nei confronti delle imprese (...) che non rispettano i loro obblighi» e che alle stesse amministrazioni «dovrebbe inoltre essere conferito il potere necessario per adottare, indipendentemente dall'applicazione delle norme in materia di concorrenza, le misure idonee a garantire vantaggi per il consumatore, promuovendo la concorrenza effettiva necessaria per il buon funzionamento del mercato interno del gas naturale e dell'idrogeno». Conseguentemente, oltre a quanto previsto dall'art. 76, paragrafi 4 e 5, della ricordata direttiva, di cui si è dato conto seppur solo parzialmente, l'art. 78, paragrafo 4, dispone che «Gli Stati membri provvedono affinché le autorità di regolazione siano dotate dei poteri necessari per assolvere con efficacia e rapidità i compiti di cui ai paragrafi 1, 3 e 6. A tal fine, all'autorità di regolazione devono essere conferiti», tra i vari poteri, almeno «il potere di adottare decisioni vincolanti» e «il potere di effettuare indagini sul funzionamento dei mercati del gas naturale e dell'idrogeno e di adottare e imporre i provvedimenti necessari e proporzionati per promuovere una concorrenza effettiva e garantire il buon funzionamento dei mercati del gas naturale e dell'idrogeno».

Previsioni analoghe sono state adottate per il settore elettrico. Può essere in particolare utile far riferimento alla direttiva 2019/944 del 5 giugno 2019, recepita nell'ordinamento italiano con decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 210, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE. Anche la direttiva 2019/944, nel mettere in luce le prerogative di indipendenza dell'autorità di regolazione, sancisce al proprio considerando 80 che «Ai fini del buon funzionamento del mercato interno dell'energia elettrica, occorre che i regolatori dell'energia possano prendere decisioni su tutti gli aspetti della regolamentazione ed essere interamente indipendenti da altri interessi pubblici o privati».

Al considerando 84 viene altresì chiarito, analogamente al settore gas, non solo che «Le autorità di regolazione dovrebbero essere dotate dei poteri necessari per assumere decisioni vincolanti per le imprese elettriche e per imporre sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive» nei confronti delle stesse qualora non rispettino gli obblighi a loro carico, ma, allo stesso tempo, che ad esse dovrebbe essere «conferito il

potere necessario per adottare, indipendentemente dall'applicazione delle norme in materia di concorrenza, le misure idonee a garantire vantaggi per il consumatore promuovendo la concorrenza effettiva necessaria per il buon funzionamento del mercato interno dell'energia elettrica». Conseguentemente, l'art. 57 - se ne vedano, in particolare, i paragrafi 4 e 5 - e l'art. 59 - se ne veda il paragrafo 3 - dettano previsioni che verranno poi riprese dalla direttiva 2024/1788 del 13 giugno 2024 agli artt. 76 ss., già prima richiamati.

Le direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE avevano comunque già da tempo rafforzato l'indipendenza delle autorità di regolazione da «qualsiasi ente pubblico o da qualsiasi organo politico» - come rilevato dalla sentenza della Corte di Giustizia 2 settembre 2021, causa C- 718/18, *Commissione c. Germania* - rispetto alle precedenti direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE, che si concentravano principalmente sulle garanzie di indipendenza dai soggetti regolati. Segnatamente, con la sentenza da ultimo citata (cfr. punto n. 130) - ma il principio non può che valere per tutte le competenze assegnate ad Arera anche da direttive successive a quelle che verranno richiamate – la Corte di Giustizia ha chiarito che «la competenza attribuita dalle direttive 2009/72 e 2009/73 esclusivamente alle ANR e l'indipendenza di queste ultime devono essere garantite nei confronti di qualsiasi organo politico, quindi non solo dal governo, ma anche nei confronti del legislatore nazionale, il quale non può sottrarre una parte di tali poteri alle ANR e attribuirli ad altri organi pubblici».

Illuminante, in tal senso, è il contenzioso portato all'attenzione del Tar Lombardia e deciso con la sentenza 23 maggio 2023, n. 1228, con cui è stato statuito che le previsioni dell'ordinamento comunitario – si trattava degli artt. 39 e 41 della Direttiva 2009/73/CE – «impongono agli Stati membri, in tutte le loro articolazioni istituzionali, il divieto di interferire con l'esercizio delle competenze riservate alle autorità nazionali di regolamentazione». In quell'occasione il giudice amministrativo si era occupato, nello specifico, del ricorso avverso un provvedimento con cui Arera aveva disapplicato, per contrasto con la normativa UE, l'art. 114-ter del decreto-legge n. 34/20 in tema di riconoscimento in tariffa degli investimenti effettuati dagli operatori per realizzare reti di distribuzione di gas metano nelle località di nuova metanizzazione. L'art. 114-ter del ricordato decreto-legge, convertito con modificazioni dalla legge n. 77/20, aveva infatti introdotto il

comma 4-*bis* all’art. 23 del decreto legislativo n. 164/00, ponendo, in sostanza, l’obbligo per Arera di riconoscere l’integrale copertura tariffaria degli investimenti per il potenziamento o per la nuova realizzazione di reti e impianti in comuni metanizzati o da metanizzare in alcune località del territorio nazionale, introducendo, quindi, ricorda la sentenza, una presunzione assoluta dell’efficienza e convenienza dei relativi investimenti: una vera e propria «avocazione», volendo richiamare le icastiche parole della pronuncia del Tar Lombardia.

L’art. 114-*ter* ha avuto comunque vita breve in quanto abrogato con decreto-legge n. 69/23, convertito con modificazioni dalla legge n. 103/23, il cui art. 22, rubricato «Verifica dell’efficienza degli investimenti nella rete di distribuzione del gas ai fini della copertura tariffaria. Caso EU Pilot 2022/10193/ENER» ha infatti abrogato il comma 4-*bis* dell’art. 23 del decreto Letta.

Il Tar Lombardia, significativamente, e proprio alla luce della normativa europea - la direttiva 2009/73/CE - ha statuito in particolare che, «Come espressamente indicato anche dalla L. n. 481/1995, il principio generale dell’autonomia e indipendenza dell’Autorità, si esercita infatti nell’ambito di un potere di indirizzo, che non può tuttavia estendersi a dettare prescrizioni puntuale e di dettaglio, in relazione alla necessità di sottrarre la regolazione amministrativa nel settore dell’energia, ad un condizionamento diretto delle istanze politiche, suscettibili di alterare le dinamiche di mercato.

In particolare, secondo quanto previsto dall’art. 39, par. 4, della Direttiva, gli Stati membri “garantiscono l’indipendenza dell’autorità di regolamentazione”, e provvedono affinché essa sia dotata “dei poteri necessari per assolvere con efficacia e rapidità” i propri compiti (art. 41, par. 4), tra cui rientra quello di “stabilire o approvare, in base a criteri trasparenti, tariffe di trasporto o distribuzione o le relative metodologie di calcolo” (art. 41 par. 1, lett. a)».

Trattasi, in sintesi, guardando ai poteri conferiti ad Arera, di una competenza esclusiva che ha come corollario il divieto del legislatore e di altre amministrazioni di sostituirsi ad Arera stessa nell’esercizio del potere di regolazione a quest’ultima affidato.

E pare oggi superato lo stesso timore, manifestato agli albori del dibattito in tema di autorità indipendenti, circa la mancanza di effettiva indipendenza del regolatore energetico: timore che aveva indotto la dottrina a far riferimento ad uno “*status*” di non piena indipendenza

dell'allora Autorità per l'energia elettrica e il gas (poi ridenominata Arera), rilevando come l'attività di quest'ultima non fosse indipendente dall'Esecutivo (dovendo il sistema tariffario, ai sensi della legge n. 481/95, tenere conto degli indirizzi di politica generali del Governo)⁹. Se è vero che la legge istitutiva dell'Autorità non sottrae al Governo la funzione di «potere responsabile» delle «linee di fondo» della politica energetica e dei servizi di pubblica utilità, vale a dire di «indirizzi generali», ciò avviene senza pregiudizio per l'autonomia dell'Autorità di regolazione¹⁰. Volendo inoltre mutuare le parole della sentenza della Corte di Giustizia 6 marzo 2025, resa nella causa C-48/23, come risulta in particolare dal considerando 87 della direttiva 2019/944, e «come previsto dall'articolo 194, paragrafo 2, secondo comma, TFUE, gli Stati membri hanno il diritto di determinare le condizioni di utilizzo delle loro risorse energetiche. Detta direttiva non priva quindi gli Stati membri della possibilità di stabilire ed emanare la propria politica energetica nazionale nonché di determinare il quadro strategico delle autorità di regolazione, in particolare per quanto riguarda la sicurezza

⁹G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e Autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 3, 648, 660.

¹⁰A. BARDUSCO, *Art. 1, comma 1°*, in *Legge 14 novembre 1995 n. 481, Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità, istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, A. BARDUSCO, G. CAIA, G. DI GASPARA (a cura di), in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, XXI, 2-3, 230, che non nasconde il rischio che il Governo possa «serrare l'azione dell'Autorità entro provvedimenti governativi di indirizzo troppo puntuali e dettagliati»; rischio in taluni casi registratosi. Oltre alla vicenda affrontata dalla ricordata sentenza del Tar Lombardia n. 1228/2023, e da altre contestuali pronunce del medesimo Tar (nn. 1229, 1230 e 1231), può ricordarsi quanto statuito, sempre dal Tar Lombardia, con sentenza 28 novembre 2019, n. 2538, che ha in particolare rimarcato «la speciale sfera di attribuzione di Arera in materia tariffaria» anche per quel che attiene alla «determinazione delle tariffe, ovvero della relativa metodologia di calcolo, ivi compresi i contributi da riconoscere ai distributori – all'uopo valorizzandoli e traslandoli nelle tariffe da praticare alla utenza – per l'assolvimento dell'obbligo di acquisto dei certificati bianchi che su di loro normativamente grava». La sentenza da ultimo citata ha rilevato, d'altronde, che spetta invece «alle Autorità ministeriali il compito di definire gli obiettivi quantitativi da conseguirsi con misure di incremento dell'efficienza energetica. Nel caso di specie, il decreto ministeriale impugnato, ossia il D.M. del 10 maggio 2018 emanato dal Ministero dello Sviluppo Economico di concerto con il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, aveva illegittimamente «fissato un tetto massimo al riconoscimento in tariffa degli oneri sofferti dai distributori per l'acquisto di certificati bianchi».

dell’approvvigionamento. Pertanto, gli Stati membri sono liberi di adottare la propria normativa relativa al mercato nazionale dell’energia elettrica, salvo per quanto riguarda i compiti e le competenze delle autorità di regolazione previsti dalla medesima direttiva». Ed è questo il presupposto che conduce la Corte stessa a chiarire, con la ricordata pronuncia, che «l’esercizio, da parte di uno Stato membro, delle sue competenze quanto alla definizione della sua politica energetica può comportare ripercussioni sui costi di gestione della rete elettrica. Inoltre, la mera circostanza che uno Stato membro miri a far diminuire, mediante l’adozione di una normativa, i prezzi della distribuzione di energia elettrica non è, in quanto tale, incompatibile con l’articolo 57, paragrafi 4 e 5, della direttiva 2019/944», non potendo comunque essere ammesse, «alla luce dell’articolo 57, paragrafi 4 e 5, della direttiva 2019/944, misure di regolamentazione nazionali che comprendono disposizioni dettagliate che stabiliscono, in modo specifico, gli elementi che sono a discrezione dell’autorità di regolazione, quali il livello delle tariffe della rete elettrica o le metodologie concrete del loro calcolo».

Già ai sensi delle stesse direttive del Terzo Pacchetto - e si veda in particolare l’art. 35, paragrafo 4, lett. *b*, punto *ii*, della direttiva 2009/72 e l’art. 39, paragrafo 4, lett. *b*, punto *ii*, della direttiva 2009/73 - rimanevano comunque impregiudicati gli orientamenti di politica generale elaborati dal Governo, non connessi con i compiti e le competenze di regolamentazione delle autorità di regolazione.

2. La regolazione del settore energetico

Nel caso di Arera, i poteri di regolazione sono oggi alla stessa attribuiti in virtù della legislazione euro-unitaria, le cui previsioni, come chiarito anche dalla ricordata giurisprudenza (nazionale ed europea), sono sufficientemente chiare, precise e dettagliate nel vietare agli Stati membri (e, “*a fortiori*”, alle loro articolazioni amministrative) di invadere e comprimere dette competenze (si pensi, a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo, alle competenze che gli Stati Membri sono tenuti ad attribuire alle autorità di regolazione ai sensi degli artt. 58 e 59 della direttiva 2019/944, come prima ricordato): ciò anche qualora alcuni segmenti dei settori affidati alla cura dell’Autorità di regolazione siano già aperti alla concorrenza (si pensi al caso della

fornitura di energia elettrica e/o gas al cliente finale).

Per completezza, non può comunque passarsi sotto silenzio il fatto che le previsioni della legge n. 481/95 molto devono alle scelte del legislatore nazionale, avendo lo stesso istituito, con una iniziativa autonoma, la funzione regolativa al fine di limitare e comunque controllare il monopolio privato, divenendo obbligatoria solo successivamente l'istituzione dell'Autorità di regolazione in virtù delle direttive in materia di liberalizzazione¹¹.

Ma le competenze dell'Autorità di regolazione possono essere osservate, nella direzione tracciata, anche guardando ad altre, importanti, previsioni.

Come previsto dall'art. 43 del decreto legislativo n. 93/11, di recepimento delle menzionate direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE, Arera «può effettuare indagini sul funzionamento dei mercati dell'energia elettrica e del gas naturale, nonché adottare e imporre provvedimenti opportuni, necessari e proporzionati per promuovere una concorrenza effettiva e garantire il buon funzionamento dei mercati. In funzione della promozione della concorrenza, l'Autorità può in particolare adottare misure temporanee di regolazione asimmetrica»¹².

Sempre la Corte di Giustizia con la sentenza pronunciata a seguito del ricorso per inadempimento della Commissione Ue contro il Regno del Belgio, ha recisamente affermato che «L'articolo 37, paragrafo 4, lettere a) e b), della direttiva 2009/72 e l'articolo 41, paragrafo 4, lettere a) e b), della direttiva 2009/73 prevedono che gli Stati membri provvedano affinché le autorità di regolamentazione siano dotate dei poteri necessari per assolvere con efficacia e rapidità i compiti di cui ai paragrafi 1, 3 e 6 di tali articoli e che, a tal fine, all'autorità di

¹¹G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, 634. Come ricordato da M. Giobbi, *Comunità energetiche e funzionalizzazione «sostenibile» del mercato dell'energia*, Napoli, 2024, 16, le prime direttive in materia di liberalizzazione risalgono al 1996.

¹² Si veda, a titolo esemplificativo, la deliberazione 542/2013/E/com in materia di fatturazione ai clienti di minori dimensioni e alla deliberazione 470/2014/E/com con cui l'Autorità di regolazione italiana ha deliberato di effettuare verifiche ispettive nei confronti degli esercenti la vendita: indagine chiusa con deliberazione 440/2015/E/com con cui è stato previsto che le risultanze dell'indagine conoscitiva costituissero la base per successivi provvedimenti per porre rimedio alle criticità riscontrate.

regolamentazione sia conferito almeno il potere di adottare decisioni vincolanti per le imprese di energia elettrica o di gas naturale, nonché il potere di effettuare indagini e di adottare e imporre i provvedimenti opportuni, necessari e proporzionati per promuovere una concorrenza effettiva e garantire il buon funzionamento del mercato. Ove appropriato, l'autorità di regolamentazione ha anche il potere di cooperare, in particolare, con l'autorità nazionale preposta alla tutela della concorrenza nello svolgimento di un'indagine relativa alla legislazione sulla concorrenza». Ne consegue, che, «contrariamente a quanto sostiene il Regno del Belgio, il potere di adottare misure al fine di promuovere una concorrenza effettiva sui mercati dell'energia elettrica e del gas naturale non deve appartenere esclusivamente alle autorità nazionali garanti della concorrenza. Come enunciano il considerando 37 della direttiva 2009/72 e il considerando 33 della direttiva 2009/73, l'autorità di regolamentazione deve poter adottare, indipendentemente dall'applicazione delle norme in materia di concorrenza, le misure idonee a garantire vantaggi per il consumatore, promuovendo la concorrenza effettiva necessaria per il buon funzionamento del mercato interno dell'energia elettrica e del gas naturale».

La Corte di Giustizia, nel proseguire nell'enunciazione di tali importanti principi, ricorda inoltre che, alla luce delle disposizioni delle direttive 2009/72 e 2009/73, «gli Stati membri devono dotare le autorità di regolamentazione del potere di adottare misure vincolanti, in particolare al fine di promuovere una concorrenza effettiva sui mercati dell'energia elettrica e del gas naturale. Se è vero che tali autorità devono poter cooperare con le autorità nazionali preposte alla tutela della concorrenza, comunicando loro, in particolare, ogni informazione pertinente e deferendo alle stesse tutti i casi che esse ritengano di loro competenza, ciò non toglie che esse devono poter esercitare le loro competenze e i loro poteri indipendentemente da quelli esercitati da queste ultime autorità» (sentenza della Corte di Giustizia, sez. X, 3 dicembre 2020, *Commissione c. Belgio*, C-767/19).

Nel caso affrontato dalla Corte di Giustizia con la sentenza ora citata, il Belgio, quale Stato membro, non aveva infatti recepito correttamente le direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE, non avendo previsto in capo all'Autorità di regolazione il potere di adottare decisioni vincolanti ai sensi delle direttive stesse, avendo per contro ritenuto competente

l'autorità “*Antitrust*”. La Commissione aveva dunque agito per inadempimento ai sensi dell'art. 258 TFEU contro il Regno del Belgio non essendo stato conferito all'Autorità di regolazione il potere di adottare decisioni vincolanti e di imporre, autonomamente, i provvedimenti ritenuti necessari alla promozione di una effettiva concorrenza e alla garanzia del buon funzionamento del mercato.

In tema di indipendenza delle autorità di regolazione, vale comunque la pena richiamare nuovamente la sentenza della Corte di Giustizia del 2 settembre 2021, causa C- 718/18, *Commissione c. Germania*, punti 85 e ss (e ulteriore giurisprudenza ivi richiamata). Segnatamente, chiarisce la Corte, «l'articolo 35, paragrafo 4, lettera a), e paragrafo 5, lettera a), della direttiva 2009/72, nonché l'articolo 39, paragrafo 4, lettera a), e paragrafo 5, lettera a), della direttiva 2009/73 prevedono che le ANR esercitino la loro competenza in modo indipendente da qualsiasi ente pubblico o da qualsiasi organo politico». In particolare, proseguono i giudici, «tale indipendenza decisionale implica che, nell'ambito dei compiti e delle competenze di regolamentazione di cui all'articolo 37 della direttiva 2009/72, l'ANR adotta le sue decisioni in modo autonomo, sulla sola base dell'interesse pubblico, per garantire il rispetto degli obiettivi perseguiti da tale direttiva, senza essere soggetta a istruzioni esterne provenienti da altri organi pubblici o privati (sentenza dell'11 giugno 2020, *Prezident Slovenskej republiky*, C-378/19, punto 54)». La Corte prosegue ricordando che le direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE «mirano anche, conformemente al considerando 33 della prima e al considerando 29 della seconda, a rafforzare l'indipendenza delle ANR rispetto al regime previsto dalla normativa precedente. Come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 112 delle sue conclusioni, l'indipendenza piena rispetto ai soggetti economici e ai soggetti pubblici, siano essi organi amministrativi o organi politici, e in quest'ultimo caso titolari del potere esecutivo o di quello legislativo, è funzionale a garantire che le decisioni prese dalle ANR siano realmente imparziali e non discriminatorie, escludendo la possibilità di un trattamento privilegiato delle imprese e degli interessi economici legati al governo, alla maggioranza o comunque al potere politico. Inoltre, la rigorosa separazione rispetto al potere politico consente alle ANR di inserire la loro azione in una prospettiva a lungo termine, che è necessaria per realizzare gli obiettivi delle direttive 2009/72 e 2009/73». E questo non

può che valere anche oggi, in un momento storico in cui lo Stato sembra tornato sulla scena ed in cui si avverte, nuovamente, la necessità di «antidoti» contro i «rischi di patologia dell'intervento pubblico» e contro i «rischi di prevaricazione dell'interesse politico nell'adozione di decisioni pubbliche» delle quali deve, invero, essere «preservata la rispondenza a ragioni tecniche oggettive»¹³.

Indubbiamente, l'attività delle autorità indipendenti contribuisce all'innalzamento del livello di effettività e di attuazione delle previsioni del diritto UE e della stessa normativa nazionale di recepimento¹⁴. Ma ciò non avviene solo in virtù di provvedimenti di natura meramente tecnica. Se si guarda, infatti, alla legge n. 481/95 ed in particolare all'art. 1 - disposizione che potrebbe apparire ipertrofica - il carattere dell'indipendenza sembra germinare anche dalla necessità di perseguire finalità non sempre tra loro conciliabili e di promuovere la tutela di interessi tra loro confliggenti: ciò legittimando a discorrere di una discrezionalità, dunque, non solo tecnica, ma amministrativa se non addirittura politico-costituzionale, che deve pertanto poggiare sulla competenza di un'Autorità di regolazione viepiù indipendente, proprio perché chiamata a regolare settori posti a cavallo tra interessi pubblici e privati.

La dottrina ha difatti avvertito come le autorità indipendenti non siano chiamate ad adottare decisioni esclusivamente tecniche, proprio in ragione del bilanciamento di interessi contrapposti¹⁵, e come ad alcune di esse sia ascrivibile «un'attività regolatoria di natura politico-costituzionale, volta cioè a ponderare interessi di rango costituzionale»¹⁶.

La competenza di natura tecnica non è disgiunta, pertanto, dal ruolo di decisore politico, pur a fronte di alcune non troppo meditate

¹³G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2022, 75-76.

¹⁴M. GIOBBI, *op.cit.*, 153.

¹⁵G. MORBIDELLI, *Separazione dei poteri e autorità indipendenti*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2, 2024, 457.

¹⁶G. CARUSO, *L'autorità di regolazione dei trasporti nell'ordinamento amministrativo e costituzionale*, in *Il Trasporto pubblico locale*, F. ROVERSI MONACO, G. CAIA (a cura di), vol. II, Napoli, 2018, 87. L'autore non sembra però riferire tale caratteristica all'Autorità di regolazione per Energia Reti e Ambiente.

enunciazioni della Corte di Giustizia. Come avvertito in dottrina¹⁷, infatti, nella evocata sentenza pronunciata nel caso C-718/18, la Corte di Giustizia, al paragrafo 132, afferma che le competenze riservate alle autorità di regolazione «rientrano nel settore dell'esecuzione, sulla base di una valutazione tecnica specializzata della realtà» e che, «nell'esercizio di tali competenze», tali autorità «sono subordinate a principi e a norme stabiliti da un quadro normativo così dettagliato a livello dell'Unione, che limitano il loro margine di discrezionalità e impediscono loro di operare scelte di natura politica»; dimenticando però, a detta dei ricordati osservatori, che proprio tali autorità sono chiamate ad un costante bilanciamento di interessi contrapposti. Tale constatazione, che trova fondamento nel ricordato art. 1 della legge n. 481/95, non legittima, però, ad introdurre nuovi interessi, come correttamente affermato dall'Avvocato Generale Pitruzzella al punto 120 delle proprie conclusioni: in tal senso, le autorità di regolazione «dovranno limitarsi ad agire nell'ambito tracciato dalla normativa europea senza poter introdurre nuovi interessi o criteri oltre quelli previamente individuati dal legislatore europeo» o comunque, sia consentito sostenerlo, nazionale.

Ed è, pertanto, ai sensi dell'art. 1 della legge n. 481/95 che Arera non può essere «ridotta» ad organo meramente tecnico, essendo chiamata, invece, a garantire l'interesse pubblico coincidente con il buon funzionamento del mercato, ossia un interesse che diviene sintesi di interessi che, diversamente, potrebbero essere aggettivati come privati; e sono proprio la competenza tecnica e la conoscenza del settore che legittimano, nella visione del legislatore nazionale e sovranazionale, il ruolo dell'Autorità di regolazione e la sua indipendenza. Per quanto riguarda nello specifico Arera, ad essa sono attribuiti poteri di regolazione e di controllo di interi settori «in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione» come recita la legge istitutiva (art. 2, comma 5)¹⁸.

¹⁷L. KASCHNY, S. LAVRIJSSEN, *The independence of national regulatory authorities and the European Union Energy transition*, in *International and Comparative Quarterly*, 2023, July, 716 ss.

¹⁸G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, 635.

3. Il riparto di competenze in materia di concorrenza e di pratiche commerciali scorrette nel settore energetico

L’analisi della funzione di regolazione del settore energetico e della funzione di “enforcement” della predetta regolazione non può prescindere dal riferimento al riparto di competenze tra Arera e Autorità Garante della concorrenza e del mercato. E corrisponde ad una constatazione per così dire tralaticia l’affermazione in accordo alla quale il regolatore adotta misure correttive che conformano l’autonomia privata simulando – “*pro futuro*” - lo scenario tipico di un mercato competitivo, mentre l’azione “*antitrust*” preserva lo “*status quo*” definito sulla base di tali regole oltre che delle disposizioni del legislatore UE e di quello nazionale.

Volendo allargare lo sguardo, l’indipendenza della regolazione e la salvaguardia delle competenze dell’Autorità ad essa preposta possono essere osservate anche con riferimento all’istituto - dalle innegabili virtù - degli impegni di cui, principalmente, all’art. 14-ter della legge n. 287/90: istituto che pone dilemmi di varia natura, oltre che un problema di sistemazione concettuale.

Con particolare riguardo alla loro natura regolatoria, sono stati messi in luce i costi, «significativi», dello sconfinamento, nei territori della regolazione, da parte dell’“*Antitrust*”, atteso che la probabilità di errore è tanto più elevata quanto più articolati e dettagliati sono gli impegni ai quali è in ipotesi condizionata l’autorizzazione di un’operazione¹⁹. Talvolta, si è addirittura intravisto il rischio di una vera e propria «deriva regolatoria» quale manifestazione «di un potere innominato di regolazione»²⁰.

Ma, è stato osservato, anche lo sconfinamento di un’autorità di regolazione verso azioni “*antitrust*” è foriero di costi o comunque del rischio dell’incertezza²¹, quale possibile freno agli investimenti.

La pertinenza degli impegni rispetto alle preoccupazioni concorrenziali costituisce, allora, il presupposto dell’esercizio legittimo del potere dell’Autorità “*Antitrust*” e segna, in tal senso, il limite rispetto ad un intervento di natura per così dire regolatoria che esula

¹⁹L. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, 2, 280.

²⁰Su punto di veda C.A. VALENZA, *op.cit.*, 733.

²¹L. PROSPERETTI, *op.cit.*, 281.

dalle competenze di AGCM²².

Come affermato in giurisprudenza dalla sentenza del Consiglio di Stato, 20 novembre 2013, n. 5500, confermativa della sentenza del Tar Lazio n. 5005/2009, l'AGCM, in quell'occasione, non si era limitata, nell'accettare gli impegni, ad imporre alle imprese sottoposte a procedimento sanzionatorio condotte e atti diretti a far venir meno determinati profili anticoncorrenziali, ma aveva «sostanzialmente disposto una nuova regolazione del settore».

Il giudice di primo grado, dal canto suo, aveva affermato che «L'intervento manipolativo posto in essere da AGCM quanto alla individuazione delle coordinate di accesso al mercato *de quo*, quantunque veicolato dall'accettazione degli impegni alla medesima proposti dalle parti oggetto di accertamento istruttorio, appare trasmodare dalle prerogative legittimamente esercitabili dall'Autorità: venendo ad integrare una determinazione "regolativa" del mercato stesso che il Collegio ritiene esorbitante rispetto alle attribuzioni di vigilanza, controllo e verifica in ordine al corretto svolgimento delle dinamiche competitive, che l'ordinamento disciplina e demanda all'*Antitrust*». Correttamente, il Tar Lazio aveva ritenuto dunque «preclusa l'adottabilità di una determinazione con la quale vengano resi "obbligatori" impegni la cui portata contenutistica (e le cui ricadute effettuali) esulino dai profili di (sospetta) anticoncorrenzialità che avevano indotto l'Autorità ad attivare i poteri istruttori ad essa spettanti.

Continuando nella disamina, il Tar Lazio si era espresso in termini di «preclusa assimilabilità del ruolo dell'Autorità *antitrust* a quello proprio di un'Autorità di regolazione: trasmodamento di funzione che, come è evidente, verrebbe a realizzarsi laddove lo strumento offerto dall'art. 14-ter rivelasse concreta attitudine a realizzare operazioni con le quali:

sul presupposto dell'avvenuta presentazione (veicolata dalla sola finalità di evitare l'applicazione delle misure sanzionatorie) di impegni che, accettati, siano suscettibili di determinare una immutazione nelle regole del mercato eccedente l'ambito delle contestazioni a fondamento dell'apertura dell'istruttoria;

²²M. D'OSTUNI, M. BERETTA, *I procedimenti dinanzi all'Autorità*, in M. D'OSTUNI, M. BERETTA, *Il diritto della concorrenza in Italia*, Tomo I, Torino, 2024, 338, con riferimento alla sentenza del Tar Lazio n. 5005/2009.

venisse conferita valenza obbligatoria per tutti gli operatori (anche, eventualmente, estranei al procedimento e conseguentemente agli impegni stessi) alla rimodulazione delle regole suddette (anche se in senso asseritamente procompetitivo), venendosi per l'effetto a delineare l'esercizio, ad opera dell'Autorità, di una funzione praticamente “nomopoietica”, rilevando invece, quanto all'accettazione degli impegni, la necessaria «strumentalità e non eccedenza rispetto all'effetto anticoncorrenziale che si sia inteso scongiurare», viepiù quando gli impegni comportino una modifica strutturale del sistema che non sia funzionale al venir meno delle preoccupazioni dell'Autorità.

In conclusione, la pronuncia del Tar Lazio è oltremodo significativa perché chiarisce che «la portata effettuale riveniente dalle misure decise dall'Autorità non deve introdurre all'interno delle regole di funzionamento del mercato un quid novi rispetto all'assetto che quest'ultimo avrebbe assunto in difetto della condotta suscettibile di essere stigmatizzata per effetto della rilevabile violazione delle regole concorrenziali: ma deve, piuttosto, svolgersi in un ambito meramente “ripristinatorio”, ovvero essere preordinata alla “ricostituzione” della logica competitiva vulnerata (o suscettibile di essere compromessa) per effetto di singoli comportamenti “abusivi” », emergendo, sempre secondo il Tar Lazio, come i criteri di proporzionalità, adeguatezza e non eccedenza presidino l'esercizio dei poteri di cui all'art. 14-ter della legge n. 287/90. Un limite interno, dunque, all'esercizio della funzione amministrativa.

Non va neppure dimenticato, però, che «Se si guarda all'esperienza comunitaria è possibile affermare che, nel settore dell'energia, le decisioni con impegni assunte dall'autorità *antitrust* europea nel triennio 2008-2010 hanno contribuito al raggiungimento degli obiettivi generali di politica della concorrenza perseguiti in prima battuta con lo strumento delle Direttive. La separazione proprietaria delle reti del gas di RWE ed elettrica di E.ON in Germania e dei gasdotti TAG, TENP e Transitgas per ENI deve essere inquadrata, pertanto, come il raggiungimento tramite l'*antitrust* di un risultato concorrenzialmente superiore a quello che la mediazione politica, della quale le Direttive sono frutto, avrebbe consentito», pur essendo comunque vero che «Il rischio che l'ingerenza dell'attività *antitrust* in ambito regolatorio possa portare a decisioni altamente discrezionali con possibili esiti non

ottimali sono maggiori a livello nazionale»²³.

In sintesi, «autorità di concorrenza e autorità di regolazione devono coordinarsi in maniera molto stretta, dal momento che il rischio derivante da possibili asimmetrie informative nel processo valutativo degli impegni è sempre possibile»²⁴.

La dottrina ha altresì chiarito che, «nell'accettare una proposta di impegni, la valutazione deve essere operata preferendo le proposte concretamente idonee a ricomporre celermente l'effetto distorsivo della concorrenza (...) precludendone al contrario l'adattabilità in tutte quelle ipotesi nelle quali risulti più appropriata una sanzione, oppure laddove vengano offerte misure non direttamente connesse con i problemi concorrenziali sollevati con l'avvio della procedura istruttoria, al fine di scongiurare uno sconfinamento dei poteri dell'Agcm in un ambito (quello della regolazione proconcorrenziale) non compatibile con il mandato e la funzione (di tutela della concorrenza) attribuiti dal legislatore alla medesima»²⁵.

Calando nel concreto tali dilemmi e principi, potrebbe essere in particolare opportuna, quindi, la previsione di un coordinamento tra AGCM e Arera nel caso di procedimenti sanzionatori avviati per violazione delle regole della concorrenza e, nello specifico, la previsione di un parere della seconda a favore della prima; parere già previsto in materia di pratiche commerciali scorrette, come vedremo tra poco. Né può essere sottovalutata la scelta di Arera di prevedere, all'art. 21, comma 1, lett. f), del nuovo Regolamento Sanzioni, adottato con deliberazione 598/2023/E/com, che, nel caso dei procedimenti sanzionatori di propria competenza, gli impegni sono dichiarati inammissibili anche qualora le misure contenute nella proposta degli impegni stessi realizzino finalità prevalentemente estranee a quelle proprie dell'istituto in parola (onde scongiurare un indebito vantaggio competitivo a favore dell'operatore sottoposto a procedimento sanzionatorio).

²³A. NOCE, *Antitrust e regolazione nelle decisioni con impegni in materia di energia*, in *Merc. conc. reg.*, 2011, 2, 353-354.

²⁴A. NOCE, *op.cit.*, 355.

²⁵B. RABAI, *La conclusione del procedimento sanzionatorio Antitrust mediante accettazione di impegni. Considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 180, cui si rimanda anche per i riferimenti di dottrina.

Venendo alla materia delle pratiche commerciali scorrette, devono prendersi le mosse dall'art. 27, comma 1-*bis*, del Codice del consumo.

Se il Protocollo di intesa del 13 settembre 2012 è uno strumento di collaborazione tutto sommato generico che non prevede il rilascio di un parere obbligatorio da parte di Arera ad AGCM, più specifico è il Protocollo di intesa, sottoscritto sempre dalle due amministrazioni, del 23 ottobre 2014 che attua per l'appunto l'art. 27, comma 1-*bis*, del Codice del consumo, ai sensi del quale «Anche nei settori regolati, (...) la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze».

Nello specifico, con il ricordato Protocollo del 2014 è stata prevista l'istituzione di un gruppo di lavoro e disciplinato il rilascio del parere anche nel caso della presentazione di impegni. Significativamente, l'art. 4 del Protocollo prevede che «il rispetto della regolazione vigente da parte del professionista esclude, limitatamente a tale profilo, la configurabilità di una condotta contraria alla diligenza professionale».

Compulsando comunque la giurisprudenza nazionale in materia di pratiche commerciali, e pur consapevoli di quanto previsto dal Codice del consumo circa la competenza apparentemente esclusiva di AGCM, è opportuno richiamare la sentenza del Consiglio di Stato del 10 luglio 2024, n. 6142; una pronuncia, che, per quanto non condivisibile sotto alcuni aspetti (un'offerta basata su piani tariffari “*unlimited*”, che in realtà così non erano perché «sottoposti a limitazioni», sembra inverare una vera e propria pratica commerciale scorretta²⁶), appare utile per aver evidenziato una criticità, vale a dire quella del possibile venir meno della competenza e dell'“*enforcement*” dell'Autorità di regolazione.

²⁶Ciò anche alla luce dei principi enunciati dalla sentenza della C. Giust. UE, 13 settembre 2018, nelle cause riunite C-54/17 e C-55/17.

Diversamente, infatti, la competenza di quest'ultima verrebbe “fagocitata” - sia consentito l'uso di tale participio passato - in ogni caso da quella di AGCM. In quell'occasione, il giudice amministrativo ha messo in luce come «una riconduzione di ogni possibile disciplina di tutela del consumatore nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette può determinare la limitazione o, persino, l'obliterazione di queste diverse tutele conferite da settori specifici del diritto unionale, e, quindi, integrare un rischio speculare a quello che aveva intravisto la Commissione europea nell'avviare la procedura di infrazione n. 2013-2169». In particolare, continua il Consiglio di Stato, il «parere dell'Autorità di regolazione competente (...) non si può esaurire solo nella valutazione dell'ipotesi di pratica commerciale scorretta ma anche nella possibile affermazione della propria competenza, ove la vicenda concreta non possa ritenersi integrante una simile pratica ma piuttosto una mera violazione della regolazione di settore»²⁷.

La richiamata sentenza è stata pronunciata con riferimento alle competenze di AGCOM e di AGCM, ma un approfondimento analogo può essere svolto anche guardando al settore dell'energia; ed in tale contesto emerge subito una possibile discrasia tra previsioni dell'ordinamento interno, decisioni del giudice nazionale e giurisprudenza della Corte di Giustizia. Quest'ultima, con ordinanza 14 marzo 2019, adottata nelle cause C-406/17, C-407/17 e C-408/17, muovendo dalla premessa in accordo alla quale «le direttive 2009/72 e 2009/73 contengono alcune disposizioni relative alla tutela dei consumatori» senza però disciplinare «aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali ai sensi della direttiva 2005/29» o «aspetti relativi alla stipulazione di contratti a distanza e di contratti negoziati fuori dei locali commerciali ai sensi della direttiva 2011/83» ed in assenza dunque di contrasto tra le direttive del Terzo Pacchetto Energia e la direttiva in materia di pratiche commerciali scorrette, ha affermato che «l'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29 nonché l'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2011/83 devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale», ossia l'art. 27, comma

²⁷Competenza che dovrebbe essere riconosciuta all'Autorità di regolazione ove non ci si trovi di fronte ad una pratica, caratterizzata dall'abitudine o serialità, a loro volta escluse dall'unicità dell'episodio (su tale ultimo aspetto si veda la sentenza del C. Stato, 21 settembre 2011, n. 5297, consultabile in FA: *Consiglio di Stato*, 2011, 2872).

1-bis, del Codice del consumo, «in forza della quale determinate condotte, come quelle controverse nei procedimenti principali, consistenti nella stipulazione di contratti di fornitura non richiesti dai consumatori o di contratti a distanza e di contratti negoziati fuori dei locali commerciali in violazione dei diritti dei consumatori, devono essere valutate alla luce delle rispettive disposizioni delle direttive 2005/29 e 2011/83, con la conseguenza che, conformemente a tale normativa nazionale, l'autorità di regolamentazione di settore, ai sensi delle direttive 2009/72 e 2009/73, non è competente a sanzionare siffatte condotte»²⁸.

Si tratta di un esito oggi in parte contraddetto, però, dalla sentenza della medesima Corte di Giustizia, 30 gennaio 2025, nella causa C-205/23, che non sembra rispondere del tutto alla medesima “ratio” dell’ordinanza poco fa illustrata. Con la recente sentenza cui viene fatto qui riferimento - relativa al caso di due provvedimenti sanzionatori, uno adottato dall’autorità di regolazione ed uno adottato dall’autorità di tutela dei consumatori a fronte dei medesimi fatti - la Corte di Giustizia ha stabilito che «Un cumulo di sanzioni può tuttavia essere giustificato quando i procedimenti avviati da due autorità diverse riguardano scopi complementari vertenti su aspetti differenti della medesima condotta illecita. Infatti, le autorità pubbliche possono legittimamente optare per risposte giuridiche complementari a fronte di determinati comportamenti nocivi per la società mediante diversi procedimenti che formino un insieme coerente, in modo da trattare sotto i suoi diversi aspetti il problema sociale in questione, purché tali risposte giuridiche combinate non rappresentino un onere eccessivo per la persona di cui trattasi». E così, se, da un lato «le misure relative alla trasparenza dei termini e delle condizioni generali dei contratti conclusi con i consumatori che le autorità nazionali di regolazione possono adottare

²⁸Come ricordato dall’ordinanza della Corte poco fa citata, «L’articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29 disciplina espressamente i casi di contrasto tra norme dell’Unione e non tra norme nazionali (sentenza del 13 settembre 2018, *Wind Tre e Vodafone Italia*, C-54/17 e C-55/17, punto 59)». Dunque, le sentenze della Corte di Giustizia, nel riferirsi alla incompatibilità tra disciplina generale in materia di pratiche commerciali e disciplina settoriale, sembrano delineare una fatispecie inverosimile (in quali casi mai l’Unione Europea potrebbe adottare una disciplina di settore incompatibile con la diligenza professionale o tale da indurre il consumatore ad assumere un comportamento economico per lui pregiudizievole?).

(...) mirano a garantire la tutela effettiva dei consumatori» e ad assicurare, in questo modo, «la realizzazione di un mercato interno (...) completamente ed effettivamente aperto e concorrenziale, nell'ambito del quale tutti i consumatori possono segnatamente scegliere liberamente, grazie a tale trasparenza, i propri fornitori», dall'altro lato, tuttavia, «risulta che dette misure non pregiudicano la normativa dell'Unione sulla tutela dei consumatori. È quindi possibile, per uno Stato membro», nel rispetto dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, «sanzionare le violazioni, da una parte, della normativa settoriale volta a liberalizzare il mercato del gas naturale e, dall'altra, delle norme relative alle pratiche commerciali sleali, oggetto della direttiva 2005/29, al fine di garantire un elevato livello di tutela dei consumatori»: tutto ciò purché «esistano norme chiare e precise che consentano di prevedere quali atti e quali omissioni possano essere oggetto di un cumulo di procedimenti e sanzioni, nonché il coordinamento tra le diverse autorità» e purché «i due procedimenti siano stati condotti in modo sufficientemente coordinato e ravvicinato nel tempo» e «la sanzione eventualmente inflitta in occasione del primo procedimento sul piano cronologico sia stata presa in considerazione al momento della valutazione della seconda sanzione, di modo che gli oneri derivanti, a carico dell'interessato, da un cumulo del genere siano limitati a quanto strettamente necessario» e sempre che «l'insieme delle sanzioni imposte corrisponda alla gravità delle infrazioni commesse».

L'apparente nitore dell'art. 27, comma 1-bis, sembra dunque svanire.

4. L'“enforcement” della regolazione con particolare riferimento all'ordine di cessazione delle condotte lesive dei diritti degli utenti

La legge istitutiva di Arera, al proprio art. 2, comma 20, lett. c, prevede il potere sanzionatorio dell'Autorità di regolazione italiana nel caso di violazione dei provvedimenti di quest'ultima. In particolare, l'Autorità «irroga, salvo che il fatto costituisca reato, in caso di inosservanza dei propri provvedimenti o in caso di mancata ottemperanza da parte dei soggetti esercenti il servizio, alle richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione dei controlli, ovvero nel caso in cui le informazioni e i documenti acquisiti non siano veritieri, sanzioni amministrative pecuniarie». Inoltre, nel caso di

reiterazione delle violazioni l’Autorità «ha la facoltà, qualora ciò non comprometta la fruibilità del servizio da parte degli utenti, di sospendere l’attività di impresa fino a 6 mesi ovvero proporre al Ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione». Ma l’“enforcement” della regolazione, vale a dire l’effettiva applicazione delle regole adottate e la garanzia che le stesse siano osservate, può essere perseguita anche tramite l’ordine di cessazione previsto dalla successiva lett. *d* del ricordato comma 20. Segnatamente, l’Autorità «ordina al soggetto esercente il servizio la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, imponendo, ai sensi del comma 12, lettera g), l’obbligo di corrispondere un indennizzo». Oggi, inoltre, l’art. 45, comma 6-bis, del decreto legislativo n. 93/11, dispone che Arera, nei casi di particolare urgenza, «può, d’ufficio, deliberare, con atto motivato, l’adozione di misure cautelari che assicurino il più utile e tempestivo perseguitamento degli interessi tutelati, anche prima dell’avvio del procedimento sanzionatorio avvalendosi, ove necessario, delle facoltà disciplinate dall’articolo 2, comma 20, della legge 14 novembre 1995, n. 481».

Quanto all’ordine di cessazione di condotte lesive dei diritti degli utenti, lo stesso può operare non solo a tutela di posizioni giuridiche soggettive nascenti dalla regolazione, ma, altresì, di situazioni giuridiche soggettive riconosciute dal legislatore, come dimostrato ad esempio dal caso affrontato dalla sentenza del Consiglio di Stato 8 marzo 2006, n. 1269 con riferimento al diritto di accesso alla rete previsto dall’art. 24 del decreto legislativo n. 164/00²⁹. Trattasi di uno strumento impiegato da tempo dall’Autorità e portato all’attenzione, di recente, della stessa Corte di Giustizia. Segnatamente, con la sentenza del 30 marzo 2023, resa nella causa C-5/22, il giudice UE ha affrontato il caso dell’ordine impartito da Arera ad un operatore volto alla restituzione ai clienti finali di un importo indebitamente fatturato e incassato.

La Corte, precisando come le direttive UE (nel caso di specie, la direttiva 2009/72) non contemplassero il potere dell’Autorità di regolazione di esigere da un operatore la restituzione ai clienti finali di

²⁹ Su tali aspetti si veda in particolare M.Q. SILVI, *Ordini di cessazione di condotte lesive dei diritti degli utenti nei mercati dell’energia*, in *Dir. economia*, 2025, 1, 245 ss.

una somma percepita in virtù di una clausola contrattuale considerata illegittima, ha messo in luce che, nondimeno, «l’impiego, all’articolo 37, paragrafo 4, della direttiva 2009/72, dell’espressione “all’autorità di regolamentazione devono essere conferiti almeno i poteri seguenti” indica che poteri diversi da quelli espressamente menzionati in tale articolo 37, paragrafo 4, possono essere attribuiti a tale autorità al fine di permetterle di assolvere i compiti previsti all’articolo 37, paragrafi 1, 3 e 6, di detta direttiva (v., in tal senso, sentenza del 23 gennaio 2020, *Energiavirasto*, C-578/18, punti 37, 38 e 40)».

In particolare, «Poiché assicurare l’osservanza degli obblighi di trasparenza gravanti sulle società elettriche e tutelare i consumatori rientrano tra i compiti previsti dall’articolo 37, paragrafi 1, 3 e 6, della succitata direttiva, occorre constatare che uno Stato membro può concedere ad un’autorità di regolazione il potere di ordinare a tali operatori la restituzione delle somme da essi percepite in violazione delle prescrizioni in materia di tutela dei consumatori».