



Dipartimento
di Scienze Politiche

Cattedra di Diritto dell'Unione europea

Il principio di solidarietà energetica in un'Europa che cambia

Francesco Cherubini

RELATORE

Ada Pia Visciotti Matr. 091392

CANDIDATO

Anno Accademico 2021/2022

INDICE

Introduzione	2
Capitolo 1	
<i>La politica energetica europea</i>	
1.1 Un quadro storico della politica energetica europea	7
1.2 La politica energetica europea, uno sguardo ai Trattati	10
1.3 L'affermarsi dell' <i>acquis</i> energetico: la direttiva 98/30/CE.....	15
1.4 Una prospettiva giuridica sulla solidarietà del gas: il regolamento 2017/1938.....	18
Capitolo 2	
<i>Dalla decisione controversa della Commissione (quadro giurisprudenziale pregresso)</i>	
2.1 Direttiva UE 2009/73/CE	23
2.2 Decisione "controversa" della Commissione.....	26
2.3 Sentenza del Tribunale in causa T-883/16.....	32
Capitolo 3	
<i>Causa C-848/19 P: Repubblica federale di Germania c. Polonia</i>	
3.1 Motivi di impugnazione e argomentazione delle parti.....	38
3.2 Conclusioni dell'Avvocato generale.....	42
3.3 Giudizio della Corte sui cinque motivi di impugnazione.....	47
Conclusioni	53
Bibliografia	55
Summary.....	58

Introduzione

“European energy policy, like a European Energy Community, includes three major components: competition that stimulates, cooperation that reinforces and solidarity that unites”¹.

Professor Sami Andoura, former chairholder ALCOA Chair of European Energy Policy, College of Europe.

Negli ultimi anni, dopo un lento periodo di assunzione di consapevolezza in merito al mercato energetico, il principio di solidarietà energetica sembra essere tangibile nello scenario europeo tanto da essere elevato a principio fondamentale. I progressi sperimentati verso una politica energetica comune non sono, però, sufficienti. Gli istinti nazionalisti in materia preoccupano in maniera particolare nello scenario odierno dove gli approcci unilaterali, ad esempio verso lo sviluppo di energie rinnovabili per una transizione, possono ledere la credibilità del funzionamento del mercato unico. La negazione o la cecità nei rispetti dell’interdipendenza che l’Unione europea sperimenta in materia energetica possono portare a costi insostenibili e a partenariati di lungo periodo estremamente instabili come, d’altronde, è stato finora nei confronti della Russia.

Come riportato dal Professor Sami Andoura, la Comunità energetica europea deve concretizzarsi sui pilastri posti dall’Atto unico europeo per la creazione di un mercato unico europeo, ovvero una stimolante competizione, un crescente grado di cooperazione e il fattore unificante della solidarietà².

Per quanto riguarda quest’ultimo, si intende non solo, in ambito energetico, il concetto di sicurezza energetica, così come non si fa unicamente riferimento al possibile avvento di una crisi e alla sua risoluzione, ma alla gestione di strumenti di prevenzione che controbilancino gli interessi degli Stati membri e i loro mercati energetici nazionali al fine di creare una regolamentazione effettiva e soddisfacente a livello europeo.

Come noto, e come visibile nella sentenza della Corte di giustizia (in causa C-848/19 P) *Repubblica federale di Germania c. Polonia*, le istituzioni europee hanno, però, spesso riscontrato difficoltà nel bilanciamento degli interessi dei differenti Stati membri. In particolare, al gasdotto OPAL vengono inizialmente garantite delle deroghe, nello specifico dal *third party access*, ovvero il diritto legalmente esercitabile delle imprese di accedere ed utilizzare infrastrutture appartenenti alla rete energetica di proprietà di società terze³. Le deroghe erano state inizialmente concesse dall’Autorità di regolamentazione tedesca e, successivamente, dalla Commissione europea sulla base dell’art. 36 della direttiva 2009/73/CE. Nella sua decisione aggiornata (C(2016) 6950 final), la Commissione decide di revocare il *capacity cap* primariamente

¹ ANDOURA, DELORS (2013: 6 ss.).

² *Ibidem*.

³ DIATHESSOPOULOS (2010: 4 ss.).

imposto al 50% dell'utilizzo dell'assetto infrastrutturale di OPAL, questo con il rischio di ridurre l'utilizzo delle rotte tradizionali di approvvigionamento polacco. Questo quadro reso in breve – e che verrà approfondito nel corso dell'elaborato – conduce la Polonia, sostenuta dalla Lituania, a richiedere, dinanzi al Tribunale, la revoca di tale decisione in quanto non in linea con il principio di solidarietà energetica⁴. Sarà a seguito della sentenza del Tribunale in causa T-883/16, che accoglie le richieste della Polonia, che la Repubblica federale di Germania ricorreva per annullamento della stessa dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

In questo scenario si instaurano prospettive varie sull'applicazione del principio di solidarietà energetica e sulla possibilità di imporre, in capo agli Stati membri, l'obbligo di adoperarsi per evitare che misure prese a livello nazionale vadano a ledere la sicurezza dell'approvvigionamento di altri Stati membri in modo da istituire una solidarietà *de facto*⁵. Il problema del principio di solidarietà risiede proprio nell'essere un principio e, dunque, nella sua natura astratta che ne rende complessa l'applicazione.

D'altro canto, però, la giuridicità del principio di solidarietà energetica porta con sé effetti positivi quali il rafforzamento della capacità di esprimersi con una sola voce in materia di energia e nello specifico sulle questioni relative al gas.

Poter godere di un mercato unico dell'energia è d'altronde un punto focale nel quadro geopolitico che ci viene presentato all'indomani dell'invasione russa in Ucraina. Come dichiarato in un *press statement* della Presidente von der Leyen:

“This latest aggressive move by Russia is another reminder that we need to work with reliable partners, and build our energy independence. The Commission is in contact with the French Presidency and I welcome their plans to convene a meeting of EU Energy Ministers as soon as possible. Today, the Kremlin failed once again in this attempt to sow division between Europeans. The era of Russian fossil fuels in Europe will come to an end. Europe is moving forward on energy issues”⁶.

L'Unione europea è chiamata a ricostituire i propri rapporti multilaterali al fine di garantire dei partenariati di lungo termine e di rinnovata natura in campo energetico, partenariati che permettano una strategia conforme al piano RePowerEU accelerando – e catalizzatore dell'accelerazione è stata l'invasione russa – i processi di *phase out* dai combustibili fossili e i *target* sulle fonti rinnovabili.

⁴ IAKOVENKO (2021: 40 ss.).

⁵ Sentenza del Tribunale, del 10 settembre 2019, causa T-883/16, *Polonia c. Commissione*, punto 73.

⁶ *Press statement by President von der Leyen*, del 27 aprile 2022, *following the announcement by Gazprom on the disruption of gas deliveries to certain EU Member States*.

Nonostante i benefici di un mercato unico dell'energia, questo è spesso funzionante nella teoria e non nella pratica. Il rischio derivante dall'attuale geopolitica dell'energia è quello di azioni unilaterali da parte degli Stati membri in quanto seguendo l'art. 194, par. 2, TFUE:

“[...] Esse non incidono sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico [...]”.

L'inesistenza di un solo fronte europeo relativo agli approvvigionamenti energetici nei rispetti della Russia sminuisce la portata – politica ed economica – dei pacchetti sanzionatori imposti al Cremlino a partire dal 23 febbraio 2022⁷. Questo permette alla Russia di continuare a rivestire un ruolo di *pivotal supplier*, non a caso il Presidente russo Vladimir Putin, con la firma di un decreto presidenziale, ha imposto, per le società europee acquirenti di gas russo, l'apertura di un doppio conto bancario e quindi del pagamento in rubli delle forniture – pagamenti finora effettuati in euro o dollari. La mossa è voluta dal desiderio di salvare la valuta russa, ormai dimezzata del suo valore del febbraio 2022.

Alla luce di queste valutazioni, è ben chiara la necessità di strutturare nuovi scenari relativi al ruolo che l'Unione europea dovrà avere nella ricerca di *spare capacity* di combustibili fossili nell'immediato, ma non sulla persistenza della loro produzione. Per evitare ciò, è necessario fornire ai Paesi esportatori quali Algeria, Egitto e le monarchie del Golfo delle alternative futuribili alla loro attuale e maggiore fonte di introiti. Qui subentrano gli obiettivi di transizione energetica e le partnership verdi di lungo periodo.

L'obiettivo del lavoro di ricerca è quello di analizzare il precipitato del principio di solidarietà energetica sul mercato energetico europeo e le questioni sorte a riguardo, nello specifico, nel caso *OPAL*, il quale richiedeva alla Corte di pronunciarsi sullo *status* di principio giuridico del diritto primario dell'Unione europea del principio di solidarietà energetica, come dichiarato dal Tribunale in causa T-883/16. Altra questione era comprendere l'ampiezza della portata dell'obbligo di solidarietà energetica e la possibilità per la Corte di giustizia di fornire maggiori dettagli rispetto allo scenario particolarmente ampio prospettato dal Tribunale e dalle conclusioni dell'Avvocato generale Sánchez-Bordona del 18 marzo 2021.

Relativamente a ciò, l'elaborato esplora il *background* politico del principio di solidarietà energetica. Questo, come presente all'interno del TFUE all'art. 194, sembra essere stato introdotto nello stesso per volere della Polonia per motivi di sicurezza dell'approvvigionamento energetico nei rispetti della Russia. Alcuni Stati dell'Est Europa avrebbero, infatti, fatto uso del proprio diritto di veto se l'aggiunta dell'art. 194 non fosse stata approvata. Verrà, dunque, esplorata la possibilità creatasi, in capo alla Polonia, di far uso del principio di solidarietà energetica per favorire il proprio mercato interno.

⁷ EROICO (2022: 4 ss.).

Prima di procedere a ciò, si daranno gli strumenti necessari per la comprensione delle politiche comuni in materia di energia, le basi legali del settore e la sua progressiva formazione. Tale elaborazione è utile al fine di esplorare, con maggior consapevolezza, lo scenario pregresso che ha dato poi vita alla sentenza *OPAL*.

In secondo luogo, verrà delineata la ricostruzione del caso che ha condotto alla pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea in causa C-848/19 P trattando elementi quali l'importanza del tanto discusso principio di solidarietà energetica⁸, il dibattito inerente la politicizzazione dei temi della sentenza in esame – dunque della politicizzazione della legislazione europea – e lo scetticismo nei confronti della definizione di tale principio come orientamento politico più che come principio giuridico⁹.

In ultimo luogo, verrà analizzata la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e la sua portata rivoluzionaria all'interno del panorama europeo relativo alle politiche energetiche. La Corte di giustizia riconoscerà, infatti, sia la dimensione orizzontale che quella verticale del principio di solidarietà energetica, così come il principio di solidarietà energetica sia sotteso alla politica energetica dell'Unione nella sua interezza.

⁸ Art. 194, par. 1, TFUE.

⁹ YAFIMAVA (2017: 26 ss.).

Capitolo 1

La politica energetica europea

Il primo capitolo ha l'obiettivo di fornire gli strumenti necessari per la comprensione delle politiche comuni in materia di energia, le basi legali del settore e la sua progressiva formazione.

Si inizierà da una delimitazione delle più rilevanti tappe e motivazioni per la formulazione di un mercato energetico crescentemente integrato, verranno poi descritte le basi legali avuto riguardo la politica energetica europea.

A seguito di ciò, e appurando il fatto che il Trattato di Lisbona costituisca la chiave di volta della politica energetica europea, verrà dapprima analizzata la direttiva 98/30/CE in materia di gas. Questa ha base giuridica nell'art. 100 A TCEE, dunque in una disposizione non propriamente riferita alle politiche energetiche. La trattazione della direttiva in questione si rende necessaria in quanto sia stata la prima direttiva a livello europeo che ha permesso l'inizio della realizzazione della grande progettualità di un mercato europeo del gas.

In ultimo luogo, si mostreranno i frutti del lento processo di integrazione in materia dando le coordinate del regolamento quadro 2017/1938 riguardante la solidarietà in materia di gas nel combinato con la sicurezza energetica. Questo è rilevante data la portata rivoluzionaria che l'art. 194 TFUE, inserito con il Trattato di Lisbona, ha apportato a quella che verrà poi costituita e detta "Unione dell'energia".

1.1 Un quadro storico della politica energetica europea

Tra i fattori scatenanti della Seconda guerra mondiale è necessario annoverare le riserve di carbone presenti nelle regioni di Ruhr e Saar. Risulta immediatamente chiara la necessità di uno strumento di gestione comune delle riserve energetiche di allora, in maniera specifica per ovviare alla possibilità di un nuovo conflitto. Con la fondazione della Comunità europea del carbone e dell'acciaio ("CECA") del 1951, una guerra tra Francia e Germania sarebbe stata, a parere di Robert Schuman, "non solo impensabile, ma materialmente impossibile"¹⁰. Il secondo Trattato della Comunità specificatamente incentrato su di un settore energetico fu la quello costitutivo della Comunità europea dell'energia atomica ("CEEa") del 1958.

Nonostante l'energia avesse un ruolo primario e venisse trattata separatamente sono poi mancate, almeno fino all'avvento del Trattato di Lisbona, le basi giuridiche necessarie all'adozione di misure energetiche comuni.

Le Comunità europee (CECA, Comunità economica europea ("CEE") e CEEa) non hanno permesso uno sviluppo lineare delle politiche energetiche, questo in particolare per la sopra citata assenza di una base giuridica unica nel Trattato CEE a cui si aggiunge la fragile condizione di dipendenza degli Stati

¹⁰ Dichiarazione del 9 maggio 1950 del ministro degli esteri francese Robert Schuman.

europei in materia energetica, in particolare rispetto ai Paesi dell' *Organization of the Petroleum Exporting Countries* ("OPEC")¹¹.

Il punto di svolta è stata la crisi energetica del 1973. Nell'ottobre dello stesso anno, l'OPEC promuove un embargo petrolifero nei confronti degli Stati Uniti e degli alleati europei a causa del supporto fornito ad Israele in occasione della Guerra arabo-israeliana dello Yom Kippur. Il costo del petrolio sale in maniera vertiginosa, i paesi consumatori e sottoposti all'embargo sono costretti a varare delle politiche di *austerity*, in Italia sono indette le c.d. "domeniche a piedi"¹².

Il petrolio diviene, dunque, arma internazionale, il che dà agli Stati europei l'input per iniziare ad interrogarsi sulla sicurezza ed indipendenza energetica, oltreché sulle necessità economiche di un *acquis* energetico.

A partire dallo shock petrolifero, gli Stati europei danno vita ad un'azione crescentemente congiunturale a causa delle possibili interruzioni di fornitura da parte di Stati produttori ed esportatori di combustibili fossili. Per tale ragione, l'anno 1974 ha visto l'adozione della risoluzione del Consiglio *concernente una nuova strategia per la politica energetica della Comunità*¹³. Quello che vuole essere assicurato è "un approvvigionamento sicuro e durevole a condizioni economiche soddisfacenti"¹⁴, dunque solo un'azione corale di coordinamento tra le varie politiche energetiche avrebbe permesso la formulazione di un punto di vista comune rispetto alle problematiche energetiche sul fronte esterno. Sebbene senza carattere vincolante, la risoluzione prevede la volontà di costituire una politica energetica comunitaria attraverso "l'elaborazione di comuni obiettivi numerici che costituiscano direttive per le politiche nazionali"¹⁵. La risoluzione comprende obiettivi strategici per gli anni a venire, in particolare l'accrescimento dell'industria nucleare europea, una diversificazione dell'approvvigionamento esterno e uno slancio di sviluppo tecnologico al fine di favorire lo sviluppo interno di fonti energetiche alternative¹⁶.

Il problema messo particolarmente in evidenza dalla seguente crisi del petrolio del 1979¹⁷ è che le linee direttrici di un piano energetico europeo non potessero essere fissate per il tramite di strumenti non vincolanti nell'attesa di una convergenza naturale e conseguente delle varie politiche energetiche nazionali. I governi dei vari Stati europei, infatti, erano decisi a salvaguardare la propria

¹¹ *Organization of the Petroleum Exporting Countries*, costituita nel 1960 a Baghdad. I paesi che ne fanno parte coordinano le politiche in materia di esportazione e produzione di petrolio e contrastano le flessioni di prezzo dello stesso.

¹² Il governo Rumor allora in carica in Italia impose rincari per carburanti e gasolio e una serie di coprifuochi al fine di limitare il consumo di energia. Nel 1973 si ebbe anche la prima domenica nella quale fu vietata la circolazione di veicoli privati che causò una grande flessione nel settore automobilistico.

¹³ Risoluzione del Consiglio, del 17 settembre 1974, *concernente una nuova strategia per la politica energetica della Comunità*.

¹⁴ Ivi, punto 2.

¹⁵ Ivi, punto 3.

¹⁶ Ivi, punto 6, lett. b).

¹⁷ Il secondo shock petrolifero fu invece derivante dalla rivoluzione islamica avvenuta in Iran e dalla guerra di quest'ultimo e l'Iraq di Saddam Hussein.

indipendenza in materia, soprattutto per il tramite di interventi statali diretti, dunque della formazione di enti nazionali pubblici. Si determina, di conseguenza, un mercato pressoché monopolistico dell'energia nazionale.

La popolarità di politiche più liberiste a seguito delle crisi petrolifere è stato motivo di diffusione di una consapevolezza maggiore rispetto alla necessità di creazione di un mercato integrato a livello europeo. Punto focale ne fu l'Atto unico europeo, in vigore dal primo luglio del 1987. L'obiettivo principale era quello di un rilancio dell'integrazione europea, il processo di liberalizzazione e integrazione inglobò anche il settore energetico.

A partire dagli anni '90, infatti, la Commissione europea ha dato vita ad una serie di iniziative volte a liberalizzare il settore energetico, con specifico riferimento ai mercati del gas e dell'elettricità. L'obiettivo era che l'Unione avesse la possibilità di "esprimersi con una sola voce sull'energia e sul clima"¹⁸. Furono dunque promossi i c.d. "pacchetti energia"¹⁹, ovvero un insieme di direttive e regolamenti che riguardano nello specifico l'accesso al mercato energetico, la sua trasparenza, il sostegno all'interconnessione e livelli adeguati di approvvigionamento²⁰. Gli obiettivi strategici di cui ci si è prefissato il raggiungimento per il tramite di questi pacchetti è la rimozione delle barriere commerciali insieme al ravvicinamento delle politiche fiscali e dei prezzi in campo energetico. Tali pacchetti hanno ricompreso, in particolare, la direttiva 90/337/CEE²¹ sulla trasparenza dei prezzi del gas, la direttiva 90/547/CEE²² sul transito dell'elettricità e successivamente la direttiva 98/30/CE²³, che verrà trattata nel corso dell'elaborato. Obiettivo di queste era anche quello di indebolire, come accennato precedentemente, l'intervento dei governi nazionali all'interno delle politiche energetiche, ovvero la principale causa di una scarsa interconnessione delle infrastrutture europee.

Il c.d. primo pacchetto energia ha la propria base giuridica nello specifico nell'art. 100 A TCEE (poi art. 95 TCE, oggi art. 114 TFUE) disciplinante le "misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno"²⁴. Il riferimento a tale base giuridica è emblematica dell'assenza, prima del Trattato di Lisbona, di una

¹⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo, al Comitato delle Regioni e alla Banca Europea per gli Investimenti, del 25 febbraio 2015, COM(2015) 80 final, *Una strategia quadro per un'Unione dell'energia resiliente, corredata da una politica lungimirante in materia di cambiamenti climatici*, p. 24.

¹⁹ Parlamento europeo, *Mercato interno dell'energia*, reperibile online.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Direttiva del Consiglio, del 29 giugno 1990, 90/377/CEE, *concernente una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica*.

²² Direttiva del Consiglio, del 29 ottobre 1990, 90/547/CEE, *concernente il transito di energia elettrica sulle grandi reti*.

²³ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, 98/30/CE, *relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale*.

²⁴ Art. 100 A, par. 1, TCEE.

solida e specifica base giuridica avuto riguardo la politica energetica europea, tematica discussa nel paragrafo che segue.

1.2 La politica energetica europea, uno sguardo ai Trattati

Come precedentemente accennato, a causa dell'assenza di una solida base giuridica in materia energetica nel Trattato CEE, si sono spesso verificate problematiche relative all'attribuzione delle competenze e un'incapacità di intervento diretto nelle mani della Comunità europea. Quest'ultima, infatti, si limitava ad attività di coordinamento in ambito energetico. Una siffatta attività di coordinamento ha trovato la propria base giuridica all'interno dell'art. 308 TCE che recita:

“[q]uando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente Trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal scopo richiesti, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso”.²⁵

Per il tramite di suddetta disposizione, alla Comunità erano riconosciuti i poteri c.d. impliciti necessari al raggiungimento degli scopi comunitari in ambiti in cui il Trattato non ha fornito agli organi comunitari un esplicito potere d'azione²⁶. Le condizioni per l'esercizio dei poteri di cui prima sembrano però particolarmente stringenti in quanto l'azione deve rispettare due criteri, ovvero essere necessaria al raggiungimento degli scopi della Comunità e servire al funzionamento del mercato comune.

Si è cercato di ovviare all'assenza di una solida base giuridica a partire dall'Atto Unico europeo del 1986. Nonostante l'assenza di disposizioni riguardanti la politica energetica, forte è stato l'impulso alla realizzazione di un mercato unico che includesse la libera circolazione di merci, persone e capitali. Si fa in particolare riferimento all'inserimento dell'art. 100 A TCEE (poi art. 95 TCE, oggi art. 114 TFUE) riguardante l'adozione di misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri per l'instaurazione di un mercato interno.

La debolezza della base giuridica di riferimento in quanto non strettamente inerente il settore in analisi, ha causato spesso degli *empasse* nell'ambito del mercato energetico, ne è derivata una sostanziale inconsistenza della stessa regolamentazione energetica e la mancanza di un effettivo controllo.

Con il Trattato di Maastricht del 1992, per la prima volta è stato previsto, per il tramite di una modifica dell'art. 3 TCE, che la Comunità avesse potere di adottare “misure in materia di energia”²⁷. Nonostante ciò, non fu prevista una specifica attribuzione di competenze alle istituzioni, il che comportava un

²⁵ Art. 308 TCE (oggi art. 352 TFUE).

²⁶ POLITI (1991: 3 ss.).

²⁷ Art. 3, lett. t), TUE.

confinamento dei poteri comunitari in ambito energetico all'interno di dichiarazioni programmatiche.

Non essendo, dunque, sufficiente l'art. 95 TCE al fine di fondare una competenza energetica, anche a causa del rischio di un conflitto tra Stati membri e Comunità²⁸, con il Trattato di Lisbona entrato in vigore nel 2009 è segnato l'avvio di una fase di maggiore integrazione europea che porterà alla spinta verso lo sviluppo dell'Unione dell'energia. Per la prima volta è inserito un capitolo avente ad oggetto l'energia, ovvero il Titolo XXI, TFUE e, nello specifico, l'art. 194 TFUE; in tale maniera si fornisce una base giuridica specifica per le politiche dell'Unione nel settore energetico.

L'art. 194 TFUE è indice della volontà di muoversi verso una politica dell'energia comune, esso recita:

“1. [n]el quadro dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno e tenendo conto dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente, la politica dell'Unione nel settore dell'energia è intesa, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, a: a) garantire il funzionamento del mercato dell'energia, b) garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione, c) promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili, d) promuovere l'interconnessione delle reti energetiche.

2. Fatte salve le altre disposizioni dei trattati, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure necessarie per conseguire gli obiettivi di cui al paragrafo 1. Tali misure sono adottate previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni. Esse non incidono sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico, fatto salvo l'articolo 192, paragrafo 2, lettera c).

3. In deroga al paragrafo 2, il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale, all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo, stabilisce le misure ivi contemplate se sono principalmente di natura fiscale”.

Dal riferimento che l'art. 194 fa ad uno “spirito di solidarietà” deriva che le attività concernenti il settore dell'energia dovrebbero essere svolte secondo i dettami del principio di solidarietà.

Prima di procedere ad un'analisi del principio di solidarietà in ambito energetico come introdotto in occasione del Trattato di Lisbona, viene presentato un *excursus* sul principio di solidarietà in genere come sviluppato all'interno dei Trattati, in particolare secondo un'accezione ideologica e la dimensione più pratica.

Avuto riguardo la dimensione ideologica, si faccia riferimento all'art. 3, par. 3, TUE e all'art. 2 TUE. Per quanto riguarda, invece, la dimensione più pratica del principio, essa è individuabile, in maniera specifica, all'art. 222 TFUE.

Per quanto concerne la dimensione ideologica, è dunque all'art. 3, par. 3, TUE che suddetto principio è ripreso in tale maniera: “[l'Unione] promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri”.

²⁸ MUNARI (2006: 892 ss.).

Diciamo “ripreso” in quanto il principio di solidarietà non si trova *expressis verbis* all’interno dei Trattati con un’enunciazione puntuale.

La solidarietà è peraltro enunciata tra i valori all’art. 2 TUE che recita:

“[l’]Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini”.

Si tratta di un principio chiave ripreso dal diritto internazionale. Infatti, come dichiarato in seno alle Nazioni Unite, la solidarietà è:

“a fundamental value, by virtue of which global challenges must be managed in a way that distributes costs and burden fairly, in accordance with basic principles of equity and social justice and ensures that those who suffer or benefit at least receive help from those who benefit the most”²⁹.

Il principio di solidarietà è declinato in due forme, quella orizzontale e quella verticale.

La solidarietà orizzontale è sempre stata parte intrinseca del sistema di integrazione europea, come ricordato attraverso le parole di Robert Schuman: “[l’]Europe ne se fera pas d’un coup, ni dans une construction d’ensemble: elle se fera par des réalisations concrètes, créant d’abord une solidarité de fait”³⁰. La solidarietà orizzontale è evocata anche all’interno dell’art. 3 TUE che svela la natura programmatica del principio. Quest’ultimo era da coltivare al fine di consentire un’integrazione di mercato meno divisiva. Il successo a lungo termine dell’Unione europea è basato, d’altronde, su doveri reciproci e standard comuni, esito che richiede un presupposto di solidarietà tra gli Stati partecipanti.

La solidarietà verticale, invece, ha un focus specifico sulle relazioni che intercorrono tra gli Stati membri e le istituzioni europee, così come tra l’Unione europea in generale e il cittadino.

Questa specifica distinzione è saliente e verrà ripresa successivamente nella sentenza del Tribunale in causa T-883/16, prodromica alla sentenza *OPAL*. La Repubblica di Polonia, infatti, sosterrà la valenza del principio di solidarietà energetica in senso orizzontale, così come verticale.

Avuto riguardo la dimensione pratica del principio di solidarietà, ovvero ad uno specifico meccanismo di azione, l’art. 222 TFUE recita:

“1. L’Unione e gli Stati membri agiscono congiuntamente in uno spirito di solidarietà qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall’uomo. L’Unione mobilita tutti gli strumenti di cui dispone, inclusi i mezzi militari messi a sua disposizione dagli Stati membri, per: a) — prevenire la minaccia terroristica sul territorio

²⁹ Risoluzione dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite, del 18 dicembre 2002, 57/213, *Promotion of a democratic and equitable international order*.

³⁰ Dichiarazione del 9 maggio 1950 del ministro degli esteri francese Robert Schuman.

degli Stati membri; — proteggere le istituzioni democratiche e la popolazione civile da un eventuale attacco terroristico; — prestare assistenza a uno Stato membro sul suo territorio, su richiesta delle sue autorità politiche, in caso di attacco terroristico; b) prestare assistenza a uno Stato membro sul suo territorio, su richiesta delle sue autorità politiche, in caso di calamità naturale o provocata dall'uomo.

2. Se uno Stato membro subisce un attacco terroristico o è vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo, gli altri Stati membri, su richiesta delle sue autorità politiche, gli prestano assistenza. A tal fine gli Stati membri si coordinano in sede di Consiglio.

3. Le modalità di attuazione della presente clausola di solidarietà da parte dell'Unione sono definite da una decisione adottata dal Consiglio, su proposta congiunta della Commissione e dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza. [...]. Il Parlamento europeo è informato. [...]"³¹.

L'art. 222 TFUE, c.d. clausola di solidarietà³², obbliga, quindi, gli Stati membri ad agire secondo uno spirito di solidarietà nel caso in cui uno Stato membro dovesse essere oggetto di attacco terroristico, calamità naturale o causato dall'uomo, così come impone la mobilitazione degli strumenti a disposizione, compresi quelli di natura militare, messi a disposizione dagli Stati membri.

La clausola di solidarietà deve essere accompagnata dalle norme presenti nella decisione di esecuzione del Consiglio 2014/415³³, *relativa alle modalità di attuazione da parte dell'Unione della clausola di solidarietà*. Questo perché si è ritenuto necessario disporre, in seno al Consiglio, di modalità di attuazione della clausola predisponendo, tra l'altro, dei mezzi di coordinamento da basarsi sui dispositivi integrati dell'UE per la risposta politica alle crisi ("IPCR"). In quest'ultima si afferma il compito dell'IPCR di sostenere i dispositivi per l'applicazione della clausola di solidarietà³⁴.

Avendo accennato al principio di solidarietà in via generale, ci si sofferma ora sul principio di solidarietà applicato all'ambito energetico, nello specifico a seguito del Trattato di Lisbona.

Riguardo a ciò, l'art. 122 TFUE (ex art. 100 TCE) sostiene l'interrelazione tra il concetto di sicurezza energetica e quello di solidarietà come segue:

“[f]atta salva ogni altra procedura prevista dai trattati, il Consiglio, su proposta della Commissione, può decidere, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia”³⁵.

³¹ Art. 222, parr. 1, 2 e 3, TFUE.

³² In riferimento alla causa C-848/19 P in merito all'uso dell'art. 222 TFUE, si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona presentate il 18 marzo 2021, punto 119.

³³ Decisione del Consiglio, del 24 giugno 2014, 2014/415, *relativa alle modalità di attuazione da parte dell'Unione della clausola di solidarietà*.

³⁴ Ivi, considerando n. 3.

³⁵ Art. 122, par. 1, TFUE.

L'art. 122 TFUE rientra tra le competenze d'emergenza previste dai Trattati e rappresenta una disposizione cruciale per quei Paesi che sono caratterizzati da un alto tasso di dipendenza energetica. Ne deriva che, in caso di mancanza di approvvigionamento e minaccia alla sicurezza dello stesso, un qualsiasi Stato membro può richiedere assistenza secondo il principio di solidarietà energetica. Tale clausola fu pensata proprio per emergenze avuto riguardo la *securitization of energy supplies*.

Inoltre, sempre sul principio di solidarietà in ambito energetico, viene nuovamente considerato l'art. 194 TFUE. Questo deriva da un'attenta analisi alla ricerca di un equilibrio tra la sovranità nazionale e le competenze in materia energetica in capo all'Unione. Ne consegue che il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, vadano a stabilire le misure necessarie per il raggiungimento degli obiettivi in materia energetica³⁶. Nonostante ciò, le disposizioni dei Trattati non intaccano il diritto di un qualsiasi Stato membro di scegliere tra diverse tipologie di energia e diverse fonti di approvvigionamento³⁷. Il TFUE stabilisce che i quattro obiettivi primari della strategia energetica europea, come presenti all'art. 194³⁸, debbano essere raggiunti "in uno spirito di solidarietà tra Stati membri"³⁹. Durante le trattative che hanno concretizzato la nascita del Trattato di Lisbona, molti Stati membri hanno richiesto l'aggiunta di una clausola energetica di questa matrice, in maniera particolare alla luce degli eventi del 2006, ovvero del contesto di crisi energetica derivante dallo sconvolgimento della sicurezza dell'approvvigionamento di gas causato dagli scontri tra Russia e Ucraina⁴⁰. Gli Stati membri dell'Est Europa minacciarono il veto al nuovo Trattato in caso di assenza di quello che poi è divenuto l'art. 194 TFUE.

Avendo fornito gli elementi per la comprensione del panorama energetico in riferimento ai Trattati, sarà ora possibile approcciare i primi stadi embrionali del processo di integrazione economica dei mercati energetici, in particolare quello del gas. L'intenzione dell'analisi che segue è quella di trattare di disposizioni decise prima dell'introduzione di una base giuridica specifica in riferimento alla politica energetica, aggiunta avvenuta con il Trattato di Lisbona. La direttiva 98/30/CE, infatti, trova la propria base legale nell'art. 100 A TCEE, di cui si è discusso precedentemente.

Successivamente a ciò, si vedranno i frutti delle disposizioni inserite all'interno del Trattato di Lisbona, in particolare il principio di solidarietà

³⁶ Art. 194, par. 2, TFUE.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ In merito ai quattro obiettivi primari della strategia energetica europea l'art. 194, par. 1 recita: "[n]el quadro dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno e tenendo conto dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente, la politica dell'Unione nel settore dell'energia è intesa, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, a a) garantire il funzionamento del mercato dell'energia, b) garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione, c) promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili, d) promuovere l'interconnessione delle reti energetiche".

³⁹ Art. 194, par. 1, TFUE.

⁴⁰ ANDOURA (2013: 20 ss.).

energetica all'art. 194 TFUE, attraverso l'analisi del regolamento quadro 2017/1938 che fornisce una prospettiva giuridica sulla solidarietà in materia di gas.

1.3 L'affermarsi dell'*acquis* energetico: la direttiva 98/30/CE

Con una continuazione di ciò che si è precedentemente detto, si forniranno ora gli strumenti per comprendere la formazione embrionale di un mercato del gas interno nei primi tentativi di armonizzazione delle politiche nazionali. La base giuridica della direttiva 98/30/CE è, in particolare, nell'art. 100 A, TCEE. Questo riguarda il ravvicinamento delle legislazioni nazionali, si tratta di un meccanismo normativo il cui obiettivo è quello di integrazione del sistema comunitario, questo nella misura necessaria alla realizzazione di un qualsivoglia obiettivo in questione.

Come si trattava precedentemente, è con l'Atto Unico europeo che si è costituito un passaggio di rilievo per le questioni concernenti l'armonizzazione normativa nel quadro europeo, si fa appunto riferimento all'art. 100 A TCEE (in seguito art. 95 TCE, oggi art. 114 TFUE). Infatti, anche ad oggi l'art. 114 TFUE costituisce la base giuridica di cui si fa maggiormente uso per l'adozione di misure di ravvicinamento, misure necessarie alla progressiva realizzazione del mercato unico interno⁴¹.

Con la direttiva 98/30/CE si aggiunge, dunque, un ulteriore tassello alla realizzazione di un mercato unico dell'energia e alla sua liberalizzazione; si parla, infatti, della prima forma di regolamentazione del mercato del gas naturale⁴². Già in precedenza si erano avute ulteriori iniziative volte alla creazione di un mercato del gas e dell'energia elettrica, quali la direttiva 90/377/CEE⁴³ e la direttiva 90/547/CEE⁴⁴. In particolare, la prima ha contribuito alla nascita di un sistema maggiormente trasparente che arginasse le discriminazioni nei confronti del consumatore nella scelta di fonti e fornitori energetici. Attraverso questo strumento si è disciplinata, dunque, la necessità che le imprese fornitrici di gas o energia comunicassero le dinamiche di mercato, prezzi vigenti e condizioni di vendita inclusi, all'Istituto Statistico delle Comunità Europee ("ISCE")⁴⁵. Perno del processo di liberalizzazione del settore è stata poi la direttiva 90/547/CEE con la creazione delle grandi reti interconnesse ed il transito dell'energia sulle stesse. Come analizzato dal Consiglio, nei processi volti alla creazione di un mercato unico dell'energia diviene desiderabile

⁴¹ MOSCHETTA (2018: 9 ss.).

⁴² Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, 98/30/CE, *relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale*.

⁴³ Direttiva del Consiglio, del 29 giugno 1990, 90/377/CEE, *concernente una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica*.

⁴⁴ Direttiva del Consiglio, del 29 ottobre 1990, 90/547/CEE, *concernente il transito di energia elettrica sulle grandi reti*.

⁴⁵ L'Istituto Statistico delle Comunità Europee (ISCE), oggi Ufficio Statistico dell'Unione Europea (EUROSTAT).

un'interconnessione tra Paesi in quanto a scambi di elettricità, ma senza abbandonare le garanzie di approvvigionamento e creando un sistema socialmente positivo con infrastrutture efficienti e vantaggiose per il consumatore. Viene, inoltre, introdotta la volontà di alimentare un sistema volto a favorire la cooperazione con in Paesi extra-Unione, ma facenti parte della rete europea interconnessa.

Si è poi proceduto alla divisione della materia energetica in due filoni: la regolamentazione strettamente relativa all'energia elettrica e quella del gas. Tale discriminazione si è reso necessario per ragioni organizzative *in primis*, ma anche per via di differenze intrinseche ai due settori; se da una parte, infatti, si parla di una fonte di energia che è possibile produrre facilmente a livello nazionale, senza necessità di un processo che comporti l'uso di materie prime di cui un territorio potrebbe scarseggiare, dall'altro lato, per quanto riguarda la produzione del gas, sono proprio le specifiche caratteristiche che essa presenta a renderla oggetto di mercato. Per tali ragioni, si è avuta dapprima la direttiva 96/92/CE sul mercato interno dell'energia elettrica⁴⁶ e solo successivamente le disposizioni legislative per il trattamento del mercato del gas con la sopra citata direttiva 98/30/CE sul mercato del gas naturale. In virtù delle necessità che seguiranno nella trattazione, si analizzerà la seconda, i principi da essa enunciati e gli obiettivi che ci si era prefissati con la stessa.

La direttiva del 1998 relativa alla formazione di un mercato unico del gas ha avuto una portata rilevante in quanto tale fonte energetica era rimasta fino a quel momento esclusa dal mercato comune, comportando delle ambiguità circa le libertà di mercato. La stagione indetta dalla direttiva è indice di una realizzazione delle differenze strutturali proprie dei settori energetici, ma in maniera particolare dell'importanza della complementarità tra i due. In tal senso, infatti, la liberalizzazione del settore del gas rappresenta una condizione imprescindibile per la realizzazione di un mercato dell'energia elettrica.

Vengono dunque formulate delle regole che fungono da linee guida per la formazione di un mercato comunitario del gas naturale⁴⁷ e che riguardano il suo trasporto, distribuzione, fornitura e stoccaggio⁴⁸. In generale, vengono enunciati dei principi ai quali gli Stati avrebbero dovuto dar seguito, primo tra tutti lo sviluppo di un sistema di *gas-to-gas competition*. L'obiettivo è quello di creare un mercato interno concorrenziale provvedendo all'eliminazione, o quantomeno all'attenuazione, dei sistemi monopolistici della produzione e trasporto di gas formati durante gli anni '70. I monopoli si plasmano a causa dei contratti di lungo periodo stipulati affinché i fornitori ricevano garanzie

⁴⁶ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 dicembre 1996, 96/92/CE, *concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*.

⁴⁷ "Il gas naturale è una fonte di energia fossile che si è formata in profondità sotto la superficie terrestre. Il gas naturale contiene molti composti diversi. Il più grande componente del gas naturale è il metano. Il gas naturale contiene anche quantità minori di liquidi di gas naturale (NGL, che sono anche liquidi di gas idrocarburi) e gas non idrocarburi, come l'anidride carbonica e il vapore acqueo. Usiamo il gas naturale come combustibile e per produrre materiali e prodotti chimici". Definizione di *US Energy Information Administration*, reperibile online.

⁴⁸ Direttiva 98/30/CE, art. 1.

sui loro investimenti in trasporti e produzione. Prima di introdurre il sistema di *gas-to-gas competition*, infatti, è importante fare riferimento ad un ulteriore meccanismo di formazione del prezzo del gas naturale, ovvero il *take or pay mechanism*. Questo prevede che ai contratti di lungo periodo di fornitura del gas sia applicata una clausola in base alla quale l'acquirente ritira una certa quantità di gas, come previsto da contratto, dalla fonte venditrice. In caso questo non dovesse avvenire secondo i volumi concordati, la somma pattuita deve comunque essere pagata. Il meccanismo di *gas-to-gas competition*, invece, prevede una determinazione del prezzo del gas naturale sul mercato secondo i dettami macroeconomici dell'incontro tra domanda e offerta.

Nonostante ciò, la direttiva prevede la possibilità che gli Stati membri impongano obblighi di servizio pubblico se ritengono che la libera concorrenza non sia sufficiente a garantire necessità sopravvenienti quali approvvigionamento, sicurezza ambientale e tutela del consumatore⁴⁹. Grazie e a causa dei processi di armonizzazione, agli Stati viene lasciato un certo margine di manovra nazionale e questo è anche rappresentato dalla possibilità di imporre obblighi di servizio pubblico permettendo l'operatività del principio di sussidiarietà, con il quale gli Stati possono eventualmente qualificare un servizio come pubblico. La direttiva è altresì volta a disciplinare la possibilità, per i clienti c.d. idonei⁵⁰, di far transitare il gas naturale da questi acquistato sulle reti esistenti. In questa maniera, si determina il *framework* necessario affinché l'accesso al sistema interconnesso diventi sempre più effettivo e, per quanto possibile, non dissimile all'interno dei vari Stati. Da questo è possibile evincere un evento piuttosto rivoluzionario all'interno del mercato, ovvero la non sussistenza della sovrapposizione tra proprietario della rete e fornitore – condizione che aveva portato alla costituzione dei sistemi monopolistici sopracitati.

La direttiva ha previsto, di conseguenza, delle progressive percentuali di liberalizzazione del mercato del gas per favorire l'accesso dei clienti idonei, ovvero il 20% rispetto all'entrata in vigore della direttiva nel 1998, il 28% dopo cinque anni, il 33% dopo dieci anni⁵¹. Il processo di liberalizzazione comunitario mirava a rompere una tipologia di integrazione di natura verticale nell'industria del gas per favorire il subentrare della concorrenza. Ulteriore elemento essenziale di questo processo è stato il c.d. *unbundling*, ovvero la separazione dei conti in modo che questi siano trasparenti, così come la separazione delle attività di produzione del gas di cui si parlava sopra, in modo che queste vengano svolte da entità legali separate.

Per quanto riguarda invece il recepimento della direttiva 98/30/CE, differenti furono le risposte ai processi di liberalizzazione del mercato del gas. Come

⁴⁹ Direttiva 98/30/CE, considerando n. 12.

⁵⁰ L'art. 18 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998, 98/30/CE, *relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale*, recita in merito alla definizione di "cliente idoneo": "[g]li Stati membri specificano i clienti idonei, ossia i clienti all'interno del loro territorio che hanno titolo a stipulare contratti per il gas naturale o di acquistarlo a norma degli articoli 15 e 16, fermo restando che devono essere inclusi tutti i clienti di cui al paragrafo 2 del presente articolo".

⁵¹ Direttiva 98/30/CE, art. 18, parr. 3 e 4.

noto, il Regno Unito aveva già da sé provveduto alla creazione di un mercato maggiormente aperto e competitivo, dall'altro lato vi furono Paesi, quali ad esempio Francia e Germania, piuttosto reticenti a favorire l'apertura. Tuttavia, nonostante la portata altamente rivoluzionaria non solo dal punto di vista del mercato del gas, ma anche da quello del mercato interno, la direttiva non è stata esente da criticità alle quali si cercò di ovviare con la direttiva 2003/55/CE avente come base giuridica l'art. 95 TCE (ex art. 100 A TCEE, oggi art. 114 TFUE)⁵². Attraverso quest'ultima sarà infatti abrogata la direttiva 98/30/CE nel tentativo di garantire l'eguale accesso al sistema interconnesso e misure contro il rischio di posizioni dominanti assicurando la tutela del consumatore.

1.4 Una prospettiva giuridica sulla solidarietà del gas: il regolamento 2017/1938

Come precedentemente discusso, con il Trattato di Lisbona entrato in vigore nel 2009 viene segnato l'avvio di uno sviluppo corale del mercato europeo in materia energetica, soprattutto grazie all'introduzione del Titolo XXI TFUE e dell'art. 194 TFUE. Inoltre, vengono attribuiti a Parlamento europeo e Consiglio dei poteri – secondo procedura legislativa ordinaria – per definire una base necessaria al funzionamento del mercato energetico, oltretutto allo sviluppo di politiche inerenti energie rinnovabili e l'interconnessione delle reti – ovvero lo sviluppo di un modello infrastrutturale crescentemente integrato.

Vi è una chiave di lettura per comprendere la sempre maggiore integrazione in materia di energia e l'istituzione di meccanismi di solidarietà. Il tema della sicurezza energetica è divenuto preponderante a seguito delle crisi del 2006 e del 2009 del gas, a causa dei burrascosi rapporti tra Russia e Ucraina⁵³. Questi eventi sono stati un punto di svolta e hanno condotto alla legislazione attualmente in vigore in materia di sicurezza dell'approvvigionamento. Prima delle crisi vigeva un approccio liberista alla sicurezza del gas, ma il calo sostanziale della fornitura nel 2006 ha rivelato le debolezze di approcci nazionalisti e la necessità di misure più stringenti a livello europeo al fine di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento⁵⁴.

Con l'intento di evitare gli esiti che si erano avuti con le crisi geopolitiche di cui sopra, il regolamento 994/2010⁵⁵ ha armonizzato le legislazioni degli Stati membri in materia al fine di evitare attuazioni diversificate, attuazioni che avrebbero costituito un pericolo al principio di solidarietà in tempi di crisi⁵⁶.

⁵² Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, 2003/55/CE, *relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 98/30/CE*.

⁵³ Per maggiori informazioni si veda STERN (2006: 9 ss.).

⁵⁴ PIRANI, STERN, YAFIMAVA (2009: 19 ss.).

⁵⁵ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, 944/2010, *concernente misure volte a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di gas che abroga la direttiva 2004/67/CE del Consiglio*.

⁵⁶ Regolamento 944/2010, considerando n. 5.

Il regolamento 994/2010 viene poi abrogato dal regolamento 2017/1938⁵⁷, il quale sarà innovativo in due contributi in particolare: i c.d. gruppi di rischio e il meccanismo di solidarietà.

Questi nuovi meccanismi si rendono necessari soprattutto a seguito della conduzione e pubblicazione di uno “stress test”⁵⁸ da parte della European Network of Transmission System Operators for Gas (“ENTSO”) nell’ottobre del 2010⁵⁹. I risultati mettono in evidenza come gli approcci puramente nazionali sono disfunzionanti in uno scenario di interruzione del gas proveniente dall’Ucraina, infatti: “[t]he EU and the Energy Community Contracting Parties without Ukraine would, after reshuffling the supply mix, altogether still be missing between five and nine billion cubic meters (bcm) of gas”⁶⁰.

Con il regolamento 2017/1938 si cerca di strutturare un regime di maggiore collaborazione tra gli Stati membri mantenendo, però, i principi come dettati all’interno del precedente regolamento quadro. Vengono incluse, infatti, disposizioni al fine di migliorare la cooperazione a livello regionale, l’introduzione di standard di approvvigionamento nei casi emergenziali e la costruzione di interconnettori a flusso inverso.

Gli obiettivi del regolamento sono presenti all’art. 1 che recita:

“[i]l presente regolamento detta disposizioni atte a garantire la sicurezza dell’approvvigionamento di gas nell’Unione assicurando il corretto e costante funzionamento del mercato interno del gas naturale (“gas”), permettendo l’adozione di misure eccezionali da attuare qualora il mercato non sia più in grado di fornire i necessari approvvigionamenti di gas, comprese misure di solidarietà di ultima istanza, e prevedendo la chiara definizione e attribuzione delle responsabilità fra le imprese di gas naturale, gli Stati membri e l’Unione per quanto riguarda l’azione preventiva e la reazione a reali interruzioni dell’approvvigionamento di gas. Il presente regolamento stabilisce anche meccanismi di trasparenza che riguardano, in uno spirito di solidarietà, il coordinamento della pianificazione e delle contromisure da attuare in caso di emergenze a livello nazionale, regionale e dell’Unione”⁶¹.

Ne deriva che il funzionamento efficace del mercato interno del gas sia il fattore più importante per garantire la sicurezza dell’approvvigionamento di gas. Tuttavia, se il mercato scarseggia essendo incapace di produrre la fornitura necessaria, il regolamento consente di adottare delle misure di esenzione.

Il principio di solidarietà, che richiede l’aiuto reciproco degli Stati membri anche in caso di una grave interruzione dell’approvvigionamento, è al centro del nuovo regolamento. Nello specifico, l’art. 13, parr. 1 e 4, recita:

⁵⁷ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2017, 2017/1938, *concernente misure volte a garantire la sicurezza dell’approvvigionamento di gas e che abroga il regolamento (UE) n. 944/2010*.

⁵⁸ Strumento per il tramite del quale ENTSOG verifica la resilienza del sistema europeo del gas a interruzioni di fornitura dello stesso.

⁵⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 2 marzo 2015, COM(2014) 654 final, *on the short term resilience of European gas system, preparedness for a possible disruption of supplies from the EAST during the fall and winter of 2014/2015*.

⁶⁰ Comunicazione COM(2014) 654 final, p. 4.

⁶¹ Regolamento 2017/1938, art. 1.

“1. Se uno Stato membro ha chiesto l’applicazione della misura di solidarietà a norma del presente articolo, uno Stato membro che è direttamente connesso allo Stato membro richiedente o, se questo lo prevede, la sua autorità competente oppure il gestore di sistemi di trasporto o di distribuzione adotta, per quanto possibile senza creare situazioni pericolose, le misure necessarie per garantire che l’approvvigionamento di gas ai clienti diversi dai clienti protetti nel quadro della solidarietà nel suo territorio sia ridotta o interrotta nella misura necessaria e fintantoché non sia assicurato l’approvvigionamento di gas ai clienti protetti nel quadro della solidarietà nello Stato membro richiedente. Lo Stato membro richiedente assicura che il volume di gas in questione sia effettivamente fornito ai clienti protetti nel quadro della solidarietà nel proprio territorio. [...].
4. Se più di uno Stato membro può prestare solidarietà a uno Stato membro richiedente, quest’ultimo, previa consultazione di tutti gli Stati membri a cui è stato richiesto di prestare solidarietà, cerca l’offerta più vantaggiosa sulla base del costo, della velocità di distribuzione, dell’affidabilità e della diversificazione degli approvvigionamenti di gas. Gli Stati membri interessati presentano tali offerte sulla base di misure volontarie sul fronte della domanda per quanto e il più a lungo possibile prima di ricorrere a misure non di mercato [...]”⁶².

Alla luce della precedente disposizione, in caso di crisi lo Stato membro direttamente connesso allo Stato richiedente solidarietà deve ridurre i flussi di gas verso i clienti che non sono “protetti nel quadro della solidarietà” per dirigere i propri volumi di gas verso lo Stato che chiede l’intervento. Come risultato di questi nuovi meccanismi, gli Stati membri sono ora tenuti a intervenire direttamente nei mercati e negli obblighi contrattuali degli attori di mercato.

Un elemento di assoluta novità nel regolamento 2017/1938 è la nuova categoria di “clienti protetti nel quadro di meccanismo di solidarietà”, definita come:

“[i]l cliente civile che è connesso ad una rete di distribuzione del gas, e può comprendere anche uno o entrambi i seguenti casi:
a) l’impianto di teleriscaldamento se si tratta di un “cliente protetto” nello Stato membro interessato e solo nella misura in cui serve clienti civili o servizi sociali essenziali diversi dai servizi di istruzione e di pubblica amministrazione;
b) un servizio sociale essenziale se si tratta di un “cliente protetto” nello Stato membro interessato, diverso dai servizi di istruzione e di pubblica amministrazione”⁶³.

La differenza con la categoria di “cliente protetto” è che non vengano incluse “la piccola o media impresa, purché connessa a una rete di distribuzione del gas”⁶⁴ rendendo, dunque, la definizione di “cliente protetto nel quadro di un meccanismo di solidarietà” più ristretta a casi specifici. Ne deriva che il meccanismo di solidarietà in questo ambito possa privilegiare le forniture ai clienti rientranti nella categoria all’art. 2.6 a discapito dei clienti definiti “ordinari” nello Stato interveniente⁶⁵.

⁶² Regolamento 2017/1938, art. 13, parr. 1 e 4.

⁶³ Regolamento 2017/1938, art. 2, par. 6.

⁶⁴ Regolamento 2017/1938, art. 2, par. 5, lett. a).

⁶⁵ LAMOUREUX (2021: 111 ss.).

Vi sono, però, numerosi limiti all'applicazione di queste misure di solidarietà. Uno tra questi è che il meccanismo viene attivato solo come "ultima risorsa" se un'interruzione dell'approvvigionamento non può essere affrontata in maniera differente. È bene sottolineare, tra l'altro, che la solidarietà non sia senza compensazione: lo Stato membro che dichiara lo stato di emergenza al proprio interno deve corrispondere un "equo compenso" allo Stato membro che fornisce gli aiuti⁶⁶.

Inoltre, essendo la solidarietà il grande tema del regolamento 2017/1938 sulla sicurezza dell'approvvigionamento del gas, il secondo meccanismo introdotto è rilevante ai fini della solidarietà regionale. Il maggiore obiettivo avuto riguardo la creazione di "gruppi di rischio" è, infatti, quello di implementare il principio della solidarietà come predisposto nello specifico all'art. 13 del regolamento.

I gruppi di rischio vengono definiti all'art. 3, par. 7, come:

"[...] base per una maggiore cooperazione regionale al fine di rafforzare la sicurezza dell'approvvigionamento di gas e consentono accordi su misure transfrontaliere adeguate ed efficaci di tutti gli Stati membri interessati all'interno o all'esterno dei gruppi di rischio lungo i corridoi di approvvigionamento di emergenza".

L'insieme dei gruppi di rischio valuta l'impatto delle infrastrutture del gas sui flussi di gas già esistenti nei corridoi di emergenza e gli effetti di una crisi che può comportare l'interruzione delle forniture. Tale insieme di gruppi di rischio monitora, inoltre, la cooperazione regionale⁶⁷. Il criterio attraverso il quale vengono raggruppati i Paesi è quello di avere un fornitore di gas in comune e una comune via di approvvigionamento dello stesso. Con il regolamento 2017/1938 vengono create tredici classi di rischio divise in quattro categorie:

- Eastern gas supply risk groups
- North Sea gas supply risk groups
- North African gas supply risk groups
- South-East gas supply risk groups⁶⁸.

L'obiettivo è dunque quello di integrare i mercati energetici nazionali e regionali nel mercato interno europeo al fine di migliorare il commercio energetico transfrontaliero e accelerare la cooperazione regionale. Lo strumento del regolamento 2017/1938 è rilevante perché permette di affrontare i problemi di sicurezza energetica in riferimento alla stabilità dell'approvvigionamento e al soccorso di mercati periferici isolati, in modo da limitare i rischi individuali di scarsità di approvvigionamento⁶⁹.

⁶⁶ Regolamento 2017/1938, art. 11, par. 5.

⁶⁷ Atto delegato alla Commissione, del 18 novembre 2021, C(2021) 7797 final, *amending Regulation (EU) 2017/1938 of the European Parliament and of the Council as regards the composition of the risk groups*.

⁶⁸ Annex to the Commission delegated regulation (EU), del 18 novembre 2021, C(2021) 7797 final, *on amending Regulation (EU) 2017/1938 of the European Parliament and of the Council as regards the composition of the risk groups*.

⁶⁹ ANDOURA (2013: 45 ss.).

Capitolo 2

Dalla decisione controversa della Commissione (quadro giurisprudenziale pregresso)

Finora si sono dati gli strumenti per la comprensione della politica energetica europea, la sua formazione e formulazione.

L'obiettivo del presente e del successivo capitolo è quello di ricostruire il panorama giurisprudenziale che conduce direttamente all'analisi della sentenza *Repubblica Federale di Germania c. Commissione europea*, caso particolarmente saliente per via dei passaggi giurisprudenziali che lo precedono.

Nello specifico, la Repubblica federale di Germania ricorreva per annullamento, dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea ("CGUE"), di un'ulteriore richiesta di annullamento – questa volta da parte della Polonia dinanzi al Tribunale⁷⁰ – delle condizioni di esenzione del gasdotto Ostsee-Pipeline Anbindungsleitung ("OPAL"), come previste nella direttiva 2009/73/CE⁷¹ e promosse dalla Commissione in una decisione c.d. controversa⁷².

Non solo, il caso in questione, il c.d. caso *OPAL*, ha portata rilevante anche per via dei principi enunciati al proprio interno e poiché, in definitiva, mostra con chiarezza le ambiguità che persistono tra prospettive nazionali e l'*acquis* comunitario sulle questioni inerenti la sicurezza energetica, nello specifico in materia di mercato comune del gas.

Dunque, a partire dall'analisi del suddetto caso, verranno trattati elementi quali l'importanza del tanto discusso principio di solidarietà energetica⁷³, il dibattito inerente la politicizzazione dei temi della sentenza in esame – dunque della politicizzazione della legislazione europea – e lo scetticismo nei confronti della definizione di tale principio come orientamento politico più che come principio giuridico⁷⁴.

Per sviluppare un punto di vista critico, approcciando in maniera altrettanto critica il dibattito contemporaneo sul mercato energetico, in questo capitolo si analizzerà dapprima la direttiva 2009/73/CE. È proprio dalle esenzioni previste da quest'ultima, infatti, che ha origine la decisione della Commissione inerente il riesame dell'esenzione dell'OPAL dai requisiti in materia di accesso dei terzi e di regolamentazione delle tariffe concesse ai sensi della direttiva 2003/55/CE.

⁷⁰ Sentenza della Corte di giustizia, del 19 settembre 2019, causa T-8883/16, *Polonia c. Commissione*.

⁷¹ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, 2009/73/CE, *relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE*.

⁷² Decisione della Commissione, del 28 ottobre 2016, C(2016)6950 final, *sul riesame dell'esenzione della Ostseepipeline-Anbindungsleitung dai requisiti in materia di accesso dei terzi e di regolamentazione delle tariffe concessi ai sensi della direttiva 2003/55/CE*.

⁷³ Art. 194, par. 1, TFUE.

⁷⁴ YAFIMAVA (2017: 26 ss.).

Seguirà poi l'analisi delle ragioni che hanno portato la Polonia a richiederne l'annullamento, ottenendolo peraltro con sentenza del Tribunale del 10 settembre 2019 e si concluderà con l'impugnazione di tale sentenza da parte della Repubblica federale di Germania con la conseguente decisione della CGUE.

2.1 Direttiva UE 2009/73/CE

L'analisi della direttiva UE 2009/73/CE risulta particolarmente rilevante a causa delle ricadute giuridiche avute nella successiva narrazione giurisprudenziale. Si cercherà di creare i collegamenti logici tra la natura della direttiva, in maniera specifica nelle deroghe in essa previste alla politica del *third party access* in materia di mercato del gas naturale. A seguire, verrà analizzata la decisione presa successivamente dalla Commissione avuto riguardo il regime di esenzione concesso alla Ostseepipeline-Anbindungsleitung dai requisiti per l'accesso di terzi e per la regolamentazione delle tariffe, decisione che le è valso l'appellativo di "controversa".

La direttiva 2009/73/CE abroga la direttiva 2003/55/CE e disciplina una nuova normativa in materia di mercato interno del gas naturale che si rende necessaria per una molteplicità di fattori e, in particolare, con il fine di garantire la formazione di una politica comune in materia di gas che sia esente da discriminazioni nell'accesso alla rete infrastrutturale e da differenze nelle modalità di monitoraggio dei regolatori nazionali⁷⁵. Entrambe le direttive hanno come base giuridica il sopra discusso art. 95 TCE.

Nonostante la disciplina in materia, le valutazioni dell'epoca rispetto alla c.d. separazione effettiva⁷⁶ segnalavano la permanenza di dinamiche discriminatorie e di perdita di fiducia nel mercato. Ciò che si constatava era, dunque, l'inefficienza rispetto al risultato sortito da tale *corpus* giuridico e, di conseguenza, la volontà di investimento nel mercato del gas.

Ulteriori elementi che hanno reso necessaria una nuova disciplina in materia riguardavano la scarsa indipendenza delle autorità di regolamentazione nazionali dalle pubbliche amministrazioni⁷⁷. Nella direttiva in analisi, infatti, si dispone un intero capo, l'ottavo, riguardante le autorità nazionali di regolamentazione. In particolare, all'art. 40 si enunciano gli obiettivi generali dell'autorità di regolamentazione, tra questi:

“e) agevolare l'accesso alla rete di nuove capacità di produzione, in particolare eliminando gli ostacoli che potrebbero impedire l'accesso di nuovi operatori del mercato e di gas da fonti di energia rinnovabili”⁷⁸.

⁷⁵ Direttiva 2009/73/CE, considerando n. 4.

⁷⁶ Si fa riferimento alla necessaria indipendenza del proprietario della rete infrastrutturale dalle imprese di fornitura e produzione, modo per garantire, se effettivo, l'assenza di monopoli e una maggiore sicurezza di approvvigionamento. Questa necessità viene enunciata per la prima volta con la direttiva 2003/55/CE.

⁷⁷ Direttiva 2009/73/CE, considerando n. 29.

⁷⁸ Direttiva 2009/73/CE, art. 40, lett. e).

Ne consegue che venga ribadita la politica del *third party access* (“TPA”) che nasce dalle necessità intrinseche ai settori di gas ed energia elettrica, i settori c.d. *network-bound*⁷⁹.

Il TPA è una norma per il tramite della quale i proprietari di una rete di gas sono tenuti a concedere accesso ai terzi e dunque a potenziali rivali, alle proprie infrastrutture – esistenti o in potenza che siano. Gli interessi, però, tra libera concorrenza e preservazione dell’investimento singolo non sono accordabili. Infatti, molto spesso gli investitori preferiscono dare vita a strutture non contese. Appurata questa paradossalità, il quadro normativo disposto dall’Unione europea in materia cerca di creare un equilibrio tra le esigenze della concorrenza per il tramite del TPA e la disposizione di deroghe per favorire l’accentramento sul territorio delle capacità di investimento.

In casi specifici, infatti, è possibile che delle infrastrutture ottengano delle deroghe al requisito del TPA. La normativa europea in materia di gas ed elettricità ha pressoché lo stesso funzionamento avuto riguardo i regimi di esenzione: l’autorità di regolamentazione nazionale di competenza nello Stato membro esamina dapprima la richiesta di esenzione e successivamente risponde nel merito, la questione è poi rimessa alla Commissione che può accettare la posizione favorevole sull’esenzione dell’autorità di regolamentazione, chiederne una modifica o il ritiro.

Nella direttiva in esame, la disciplina riguardante il regime di deroga è presente all’art. 36. In particolare, l’art. 32 stabilisce l’orientamento di base come precedentemente discusso, nello specifico:

“1. Gli Stati membri garantiscono l’attuazione di un sistema di accesso dei terzi ai sistemi di trasporto e di distribuzione nonché agli impianti GNL, basato su tariffe pubblicate, praticabili a tutti i clienti idonei, comprese le imprese di fornitura, ed applicato obiettivamente e senza discriminazioni tra gli utenti del sistema. Gli Stati membri fanno sì che le tariffe, o i relativi metodi di calcolo, siano approvati prima della loro entrata in vigore a norma dell’articolo 41 dall’autorità di regolamentazione di cui all’articolo 39, paragrafo 1, e che le tariffe e le metodologie, ove solo queste ultime siano state approvate, siano pubblicate prima della loro entrata in vigore.

2. I gestori dei sistemi di trasporto, ove necessario al fine di svolgere le loro funzioni anche in relazione al trasporto transfrontaliero, hanno accesso alla rete di altri gestori dei sistemi di trasporto”⁸⁰.

L’art. 32 della direttiva in esame prevede dunque un regime di base secondo il quale i gestori dei sistemi di trasporto dell’elettricità e del gas, così come i gestori di impianti di stoccaggio e GNL, hanno in capo a sé il dovere di garantire un accesso non discriminato alle imprese energetiche presso le proprie infrastrutture alle medesime condizioni contrattuali⁸¹.

Viene, dunque, confermata la generale applicabilità del principio di accesso regolamentato dei terzi, ne consegue che i clienti c.d. idonei hanno diritto di

⁷⁹ BARRERA-HERNANDEZ, GUAYO, ROGGENKAMP, ZILLMAN (2012: 334 ss.).

⁸⁰ Direttiva 2009/73/CE, art. 32, parr. 1 e 2.

⁸¹ Commissione europea, *Access to infrastructure, exemptions and derogations*, reperibile *online*.

accesso ai sistemi di trasmissione e distribuzione sulla base di tariffe pubblicate.

L'art. 36, invece, rappresenta una *lex specialis* al regime di accesso in relazione allo stoccaggio di gas. Le "nuove infrastrutture", come indicate all'art. 36, possono essere esentate, su richiesta, dalle disposizioni all'art. 32 per uno specifico periodo di tempo. Le infrastrutture in questione comprendono interconnettori, impianti di gas naturale liquefatto ("GNL") e impianti di stoccaggio⁸².

I criteri di esenzione vengono così indicati all'interno dell'art. 36:

"a) l'investimento deve rafforzare la concorrenza nella fornitura di gas e la sicurezza degli approvvigionamenti; b) il livello del rischio connesso all'investimento deve essere tale che l'investimento non verrebbe effettuato senza la concessione di una deroga; c) l'infrastruttura deve essere di proprietà di una persona fisica o giuridica, separata quanto meno sotto il profilo della forma giuridica dai gestori dei sistemi nei cui sistemi tale infrastruttura sarà creata; d) gli oneri devono essere riscossi presso gli utenti di tale infrastruttura, e e) la deroga non deve pregiudicare la concorrenza o l'efficace funzionamento del mercato interno del gas naturale o l'efficiente funzionamento del sistema regolato a cui l'infrastruttura è collegata.

2. Il paragrafo 1 si applica anche ad un aumento significativo della capacità di infrastrutture esistenti e a modifiche di queste ultime tali da permettere lo sviluppo di nuove fonti di approvvigionamento di gas"⁸³.

Ne deriva che le esenzioni vengano concesse solo in via eccezionale e che ogni richiesta sia sottoposta ad un esame basato su necessità e proporzionalità essendo il TPA un principio di tipo giuridico. Oltre a ciò, un'esenzione non verrebbe solitamente concessa ad un'impresa dominante visto che la sua capacità in senso quantitativo è probabilmente concentrata in uno dei mercati interessati. Criterio d'importanza è che la nuova infrastruttura non rappresenti un ostacolo alla concorrenza, ma la rafforzi. Il progetto necessita, dunque, di essere *pro-competitive* e di creare beneficio ai consumatori. Il test che valuta l'impatto di un'eventuale esenzione, sia esso positivo o negativo, deve essere esaminato e consequenzialmente bilanciato⁸⁴.

Le condizioni di esenzione nel mercato del gas sono peraltro differenti da quelle in vigore nel mercato dell'elettricità. Infatti, la differenza sostanziale è che una richiesta di esenzione per un interconnettore elettrico non richiede quale requisito un miglioramento della sicurezza dell'approvvigionamento, criterio, invece, previsto per un'infrastruttura del gas. Le ragioni sono presto chiare: il mercato del gas è maggiormente legato agli assetti geopolitici e segue l'esperienza storica relativa a questi. Tra l'altro il gas è una fonte primaria di energia, mentre la produzione di energia elettrica è facilmente sostituibile.

⁸² Direttiva 2009/73/CE, art. 36, par. 1.

⁸³ Direttiva 2009/73/CE, art. 36, parr. 1 e 2, lettere a), b), c), d) ed e).

⁸⁴ Commission staff working paper, del 6 maggio 2009, SEC(2009)642 final, *Commission staff working document on Article 22 of Directive 2003/55/EC concerning common rules for the internal market in natural gas and Article 7 of Regulation (EC) No 1228/2003 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity.*

Le esenzioni, come indicate dall'articolo, sono inoltre previste al fine di attrarre investimenti che non verrebbero altrimenti effettuati secondo la normativa che ricade sotto il principio del TPA. Nella valutazione delle richieste di esenzione, le autorità nazionali devono dunque trovare un equilibrio tra i principi chiave di liberalizzazione del mercato dell'energia, ovvero promuovere gli investimenti per la creazione di infrastrutture da un lato e garantire la concorrenza con accesso non discriminatorio alle infrastrutture dall'altro.

Dal quadro fornito deriva la necessità di valutare l'opportunità della concessione di deroghe *on a case by case basis*.

Nel fare ciò, l'autorità nazionale deve ponderare attentamente l'impatto della relativa esenzione sulla concorrenza, sulla sicurezza dell'approvvigionamento e sul funzionamento del mercato interno. Inoltre, essa deve considerare la possibilità di generare una distorsione della concorrenza tra le infrastrutture regolamentate e quelle esentate. La Commissione analizza le decisioni di esenzione nazionali per garantire la coerenza nell'attuazione della pratica di esenzione e per proteggere il più ampio interesse europeo.

Negli ultimi anni, la Commissione sembra imporre delle condizioni crescentemente stringenti in modo che non venga a crearsi una competizione circa l'accaparramento della capacità di portata delle infrastrutture. È possibile fare alcuni esempi evocativi in materia quali il caso della richiesta da parte della BBL Company⁸⁵ di una licenza di interconnessione per la partecipazione all'esercizio della linea Balgzand Bacton⁸⁶. La Commissione, corroborando la propria posizione di cui sopra, ha sottolineato che l'esenzione si applicherebbe solo per durata e capacità come coperti dai contratti iniziali e che l'esenzione non si applichi ai contratti inversi. Ne consegue che venga promosso un regime limitativo alle esenzioni, sia per quanto riguarda la durata che la portata, preferendo le deroghe parziali a quelle complete. La Commissione ha conseguentemente sostenuto che i nuovi progetti debbano essere analizzati pedissequamente dalle autorità di regolamentazione nazionali. Queste dovrebbero considerare in quale misura vi sia rischio di istituzione di un monopolio – e dunque di minaccia alla concorrenza – indicando, in caso, l'impossibilità di applicazione di una *lex specialis* al TPA.

2.2 Decisione “controversa” della Commissione

Le funzionalità dei pacchetti energetici contenenti le disposizioni di esenzione di cui sopra, in particolare del terzo pacchetto energetico di cui fa parte la

⁸⁵ La società BBL gestisce BBL, un gasdotto di 235 chilometri con una capacità oraria di 20.600.000 kWh/h tra Balgzand nei Paesi Bassi e Bacton nel Regno Unito, nonché una capacità di flusso inverso di 7.000.000 kWh/h tra Bacton e Balgzand. Con il flusso di gas da e verso i Paesi Bassi nel Regno Unito, BBL aumenta la sicurezza delle forniture del Regno Unito, rafforza la posizione dei Paesi Bassi come attore chiave del gas europeo e promuove l'integrazione del mercato europeo del gas.

⁸⁶ Ofgem final views, dell'aprile 2005, 114/05, *Application by BBL Company for an interconnector licence to participate in the operation of the Balgzand Bacton Line*, reperibile online.

direttiva 2009/73/CE, sembrano essere più salienti per gli operatori economici stranieri attivi nel settore del gas che non in quello dell'elettricità.

È facile notare come non siano state finora concesse esenzioni – con una dimensione riferibile come “a paese terzo” – nel settore dell'energia elettrica. La possibilità di essere soggetti a deroghe avuto riguardo la separazione di proprietà – il c.d. *ownership unbundling* – o il principio del TPA continuano, invece, ad essere cruciali per coloro attivi nel settore del gas.

Ciò sembra derivare dal fatto che, mentre la costruzione di infrastrutture a livello internazionale è spesso necessaria per il trasporto del gas dai remoti luoghi di produzione ai Paesi dell'Unione europea, non esistono ancora corrispondenti procedure di regolamentazione – la cui attivazione deve essere richiesta dai c.d. *European Transmission System Operators* (“TSOs”) – finalizzati alla creazione di nuove capacità di gasdotti a livello interno⁸⁷.

Le esenzioni previste dal terzo pacchetto energetico, con particolare riferimento all'art. 36 della direttiva 2009/73/CE, sono state concesse nell'ambito del gasdotto OPAL⁸⁸.

Risulta necessario ripercorrere con ordine le fasi avuto riguardo le esenzioni concesse in merito al TPA e alla regolamentazione tariffaria nel caso *OPAL*, così come la revisione delle stesse esenzioni nella decisione COM(2016) 6950 final della Commissione⁸⁹.

Il gasdotto OPAL (*Ostsee Pipeline Anbindungsleitung*) è, insieme al gasdotto NEL, una delle due connessioni al gasdotto Nord Stream 1. Questi, attraverso il Mar Baltico, trasportano il gas dalla Russia all'Europa occidentale, nello specifico interessando i territori tedeschi. Il gasdotto con partenza da Vyborg in Russia, infatti, ha il proprio punto di arrivo a Greifswald, in Germania, punto in cui è collegato alla rete *onshore* tedesca per poi raggiungere il resto dell'Europa occidentale⁹⁰.

Prima che il gasdotto OPAL venisse costruito, si è avuta la procedura di esenzione del giugno del 2009 come decisa dall'autorità nazionale di regolamentazione tedesca Bundesnetzagentur⁹¹ (“BNetzA”) e risultante in due decisioni. La stessa procedura di esenzione è poi stata notificata alla Commissione, dunque revisionata. Le due decisioni prese dall'autorità nazionale tedesca riguardavano la necessità di esentare la capacità di trasporto transfrontaliero del

⁸⁷ YAFIMAVA (2013: 21 ss.).

⁸⁸ “Il gasdotto va da Lubmin, vicino a Greifswald, a Olbernhau, vicino al confine ceco-tedesco. Esso collega il gasdotto Nord Stream con il JAGAL (distribuisce il gas dal gasdotto Yamal-Europa), e lo STEGAL (distribuisce il gas dal sistema di transito del gas russo centro-europeo (Transgas) attraverso la Cecoslovacchia) in Germania. Al confine ceco-tedesco il gasdotto sarà collegato con il previsto gasdotto Gazela, per collegare i gasdotti di esportazione del gas in Cecenia.”, BOTHE, LOCHNER (2007: 20 ss.).

⁸⁹ Decisione della Commissione, del 28 ottobre 2016, COM(2016) 6950 final, *sul riesame dell'esenzione della Ostseepipeline-Anbindungsleitung dai requisiti in materia di accesso dei terzi e di regolamentazione delle tariffe concessi ai sensi della direttiva 2003/55/CE*.

⁹⁰ MATEUSZ RYS (2022: 149 ss.).

⁹¹ Decisions of the Bundesnetzagentur, file number BK7-08-009 and BK7-08-010.

gasdotto OPAL dalle norme sull'accesso dei terzi e dal regolamento sulle tariffe⁹².

Analizzando più puntualmente le decisioni di cui prima, il 25 febbraio 2009 il Bundesnetzagentur, autorità di regolamentazione tedesca responsabile dei mercati dell'elettricità e del gas, nonché agenzia federale del Ministero federale per gli affari economici e l'azione per il clima, pubblica due decisioni relative alle modalità di esenzione del gasdotto OPAL⁹³ dal TPA e dalla regolamentazione delle tariffe in conformità all'art. 22 della direttiva 2003/55/CE⁹⁴. La prima procedura di esenzione riguarda lo *share* in OPAL della WIGA Transport Beteiligungs-GmbH & Co ("WIGA") e, come previsto nella seconda direttiva del gas all'art. 22 par. 4:

“[I]a decisione di deroga è notificata senza indugio dall'autorità competente alla Commissione, unitamente a tutte le informazioni pertinenti alla decisione. Tali informazioni possono essere sottoposte alla Commissione in forma aggregata, per permettere alla Commissione di decidere in maniera fondata. Le informazioni comprendono in particolare: a) le ragioni particolareggiate in base alle quali l'autorità di regolamentazione o lo Stato membro concedono la deroga, incluse le informazioni di ordine finanziario che giustificano la necessità della deroga; b) l'analisi svolta sull'impatto sulla concorrenza e sul funzionamento efficace del mercato interno del gas in seguito alla concessione della deroga; c) le ragioni relative al periodo di tempo e alla quota della capacità totale dell'infrastruttura del gas in questione oggetto della concessione della deroga; d) nel caso in cui la deroga si riferisca a un interconnector, il risultato della consultazione con gli Stati membri interessati o con le autorità di regolamentazione; e) il contributo dell'infrastruttura alla diversificazione delle fonti di approvvigionamento di gas.

Entro due mesi dal ricevimento della notifica la Commissione può chiedere all'autorità di regolamentazione o allo Stato membro interessato di modificare o di ritirare la decisione di concessione della deroga. Il periodo di due mesi può essere prorogato di un ulteriore mese, ove la Commissione richieda informazioni supplementari [...]”⁹⁵.

La decisione è dunque immediatamente notificata alla Commissione che, sempre secondo l'articolo qui presente, ne può richiedere una modifica nei due mesi successivi, così come prorogare di un mese la risposta in caso necessiti di ulteriori informazioni. La Commissione fa uso di entrambe e rifiuta parzialmente i punti evocati dall'autorità di regolamentazione tedesca per la concessione dell'esenzione in conformità all'art. 22 della direttiva 2003/55/CE. In particolare, viene accolto il ragionamento come proposto da BNetzA secondo il quale il gasdotto OPAL sarebbe conforme ai criteri presenti all'art. 22⁹⁶ in quanto risponde alla definizione di interconnettore, ma non soddisfa le condizioni di esenzione relative all'impatto sulla concorrenza, ovvero:

⁹² *Supra*, nota 87.

⁹³ L'attuale proprietà di OPAL è una quota frazionata tra WIGA Transport Beteiligungs-GmbH & Co ("WIGA", quota di comproprietà dell'80%) e E.ON Ruhrgas AG (quota di comproprietà del 20%). WIGA è controllata congiuntamente da OAO Gazprom e BASF SE.

⁹⁴ Decisione COM(2016) 6950 final, punto 1.

⁹⁵ Direttiva 2003/55/CE, art. 22, par. 4.

⁹⁶ Oggi art. 36, direttiva 2009/73/CE.

“[n]uove importanti infrastrutture del sistema del gas, ossia interconnector tra Stati membri, impianti di GNL e impianti di stoccaggio possono essere oggetto, su richiesta, di una deroga alle disposizioni degli articoli 18, 19 e 20, nonché dell’articolo 25, paragrafi 2, 3 e 4 alle seguenti condizioni: a) l’investimento deve rafforzare la concorrenza nella fornitura di gas e la sicurezza degli approvvigionamenti; [...]”⁹⁷.

A parere di BNetzA, infatti, la concessione dell’esenzione non comporterebbe effetti particolari sul mercato del gas tedesco, ma, in compenso, rafforzerebbe la competitività nel mercato ceco dell’ingrosso a valle. Su tale posizione non concorda la Commissione che argomenta confutando le ragioni fornite dall’autorità di regolamentazione tedesca e conclude dicendo l’esenzione potesse avere un impatto negativo sulla competitività del mercato ceco del gas. Giunge a tale conclusione perché BNetzA corroborava il proprio punto dicendo che l’esenzione si sarebbe tradotta in un aumento delle quote di WIGAS e Vemex e una diminuzione della quota di RWE Supply & Trading GmbH (“RWE”)⁹⁸, ovvero la maggiore società di commercio di gas naturale nella Repubblica Ceca, in posizione pressoché monopolistica. Questo cambiamento nel mercato ceco dell’ingrosso a valle – conclude BNetzA – avrebbe giovato alla competitività del mercato ceco. La Commissione, invece, mette in dubbio le previsioni proposte e dichiara inoltre che non fosse presente alcuna indicazione che comprovasse che il gasdotto OPAL sarebbe stato utilizzato per fornire gas alla Repubblica Ceca⁹⁹.

La richiesta di modifica da parte della Commissione della decisione così segue:

“[t]he requested modification entailed limiting capacity bookings at the exit point from Germany into the Czech Republic at Brandov by undertakings or groups of undertakings holding a dominant position in one or several up- or downstream markets for natural gas in the Czech Republic or for deliveries of natural gas to the Czech Republic, unless special conditions, [...] are fulfilled [...]”¹⁰⁰.

La Commissione decide, dunque, di richiedere a BNetzA la revisione della decisione di esenzione come sottoposta ponendo un c.d. *capacity cap*, ovvero una restrizione del 50% sulla capacità di uscita di OPAL a Brandov¹⁰¹ che può essere prenotata da Gazprom abbassandola da 31,729,064 kWh/h (~25.4 bcma) a 15.864.532 GWh/h (12,7 bcma)¹⁰². La Commissione europea ha inoltre

⁹⁷ Direttiva 2003/55/CE, art. 22, par. 1, lett. a).

⁹⁸ Decision of the Bundesnetzagentur, file number BK7-08-009.

⁹⁹ Decisione COM(2016) 6950 final, punto 4.

¹⁰⁰ Ivi, punto 5.

¹⁰¹ Il gasdotto OPAL collega il punto di approdo del gasdotto Nord Stream a Greifswald/Lubmin, in Germania, alla Repubblica Ceca (punto di uscita Brandov). Il gasdotto OPAL è diviso in due sezioni: il segmento settentrionale, che va da Greifswald a Gross Körös e ha una capacità totale annua di 36,5 bcm (45 394 745 kWh/h); e il segmento meridionale, che va da Greifswald a Gross Körös e ha una capacità totale annua di 36,5 bcm (45 394 745 kWh/h). Il segmento meridionale, con una capacità di 32 bcm (39 661 324 kWh/h), collega Gross Körös al sistema ceco a Brandov.

¹⁰² Decisione COM(2016) 6950 final, punto 63.

affermato che se Gazprom offrisse tre miliardi di metri cubi di gas al mercato in modo aperto, trasparente e non discriminatorio, garantendo anche una capacità di transito comparabile con un punto di partenza scelto liberamente, la restrizione verrebbe abolita¹⁰³.

BNetzA ha poi avuto due mesi a seguito della richiesta della Commissione con, tra i possibili esiti, quello di modificare la decisione oppure ritirarla in via definitiva. L'autorità sceglie la prima inserendo ciò che era stato emendato dalla Commissione. Gazprom ha però deciso di non implementare la capacità, criterio che avrebbe permesso la caduta del *capacity cap*. Da ciò è derivato un sottoutilizzo della portata del gasdotto OPAL considerando che la capacità di entrata a Greifswal sia interesse di Gazprom poiché esso è unico esportatore di gas in tale zona.

Nel 2013, OPAL Gastransport GmbH & Co. KG (“OGT”) ha richiesto all'autorità di regolamentazione tedesca di modificare la decisione come originariamente costituitasi, ovvero con la sussistenza, nello specifico, del *capacity cap* permettendo, invece, ad OGT l'accesso alla portata del gasdotto nella sua interezza. BNetzA prende in considerazione le richieste come espresse dalla OGT e, nell'ottobre del 2016, notifica alla Commissione la volontà di modificare la decisione del 2009.

Si tratta di un caso particolare, non previsto esplicitamente nell'art. 36 della direttiva 2009/73/CE, ovvero riguardante la possibilità di revisione di una già esistente decisione di esenzione. Risulta, però, da principi generali di legge amministrativa, che decisioni aventi effetti per un lungo tempo possano essere soggette a revisione¹⁰⁴.

Alla luce della rinnovata richiesta di esenzione, in capo ad OGT sarebbe continuata a sussistere, in linea di principio, una limitazione al 50%, tuttavia avrebbe potuto partecipare a delle aste per accaparrarsi il restante 50% della capacità infrastrutturale.

La possibilità per Gazprom di utilizzare la capacità di uscita di OPAL a Brandov è stata dunque limitata al 50% fino al 28 ottobre 2016, giorno in cui la Commissione europea ha emesso una decisione (c.d. controversa) relativa alla revisione della precedente decisione di esenzione dove viene eliminata la limitazione al 50%.

Tale decisione ha avuto, però, vita breve essendo stata sospesa il primo gennaio 2017 in attesa di una sentenza del Tribunale e annullata in via definitiva dal Tribunale il 10 settembre 2019¹⁰⁵.

Avuto riguardo la decisione della Commissione COM(2016) 6950 final, questa non vuole avere l'obiettivo di emettere una nuova esenzione, ma di determinare se modifiche all'esenzione originale – come richieste da un organismo di regolamentazione nazionale¹⁰⁶ – fossero giustificate. Di conseguenza, la Commissione europea ha dovuto valutare la possibilità di una revisione

¹⁰³ Ivi, punto 25.

¹⁰⁴ Decisione COM(2016) 6950 final, punto 18.

¹⁰⁵ Sentenza del Tribunale, del 10 settembre 2019, causa T-883/16, *Polonia c. Commissione*.

¹⁰⁶ *Settlement Agreement* tra BNetzA, OPAL Gastransport, Gazprom e Gazprom Export, dell'11 maggio 2016.

dell'esenzione secondo le procedure stabilite, questa volta, dalla terza direttiva del gas all'art. 36¹⁰⁷.

Il 28 ottobre 2016, la Commissione approva il *Settlement Agreement* dell'11 maggio 2016 tra BNetzA, OPAL Gastransport, Gazprom, e Gazprom Export con alcuni emendamenti.

Il primo rilevante emendamento, come precedentemente accennato, si riassume con la caduta del *capacity cap* come primariamente imposto e come superato nel *Settlement agreement* proposto da BNetzA. Ne consegue che Gazprom avrebbe avuto accesso al restante 50% della capacità di OPAL per il tramite della partecipazione ad aste con parti terze. Al fine di tutelare l'interesse di queste ultime, la Commissione ha proposto dei criteri aggiuntivi che garantirebbero al contempo l'accesso di terzi alla capacità FZK¹⁰⁸ del 20%¹⁰⁹, ovvero:

“[i]n order to prevent the possibility of foreclosure regarding the key product of FZK capacities, it is necessary to impose an additional condition in the exemption decision. This condition should not prevent Gazprom from using FZK capacity if this capacity would otherwise remain unused, but at the same time should prevent situations when Gazprom overbids in order to foreclose its competitors. Further, the condition has to apply to any other undertaking which may be in a similar position as Gazprom in the future. Thus, the Commission considers it as appropriate to require undertakings with a dominant position in the Czech Republic or which control more than 50% of natural gas arriving at Greifswald to submit their bid for FZK capacities on OPAL only at the base price, excluding any successful bidding for FZK capacities in case of congestion. In the ascending clock auction system provided for in Article 17 Regulation (EU) 984/201379, already implemented on the Prisma platform, this means that bids of these undertakings would only participate in the first bidding round”¹¹⁰.

È possibile concludere che, in tale maniera, si sarebbe impedito a Gazprom di escludere i terzi dalla prenotazione di capacità FZK usandola per accedere al mercato ceco.

Sebbene la decisione della Commissione sembri aver istituito un regime coerente ed equilibrato nella valutazione delle posizioni delle varie parti in gioco, critiche relative alla sicurezza energetica hanno travolto Palazzo Berlaymont, in particolare provenienti da paesi dell'Europa orientale.

La Polonia, insieme alla società del gas Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A (“PGNiG”), di proprietà statale, ha presentato svariati reclami avversi alla decisione presso la Corte di giustizia chiedendone l'annullamento. Questo perché una tale esenzione avrebbe comportato una minaccia agli approvvigionamenti di gas e alla competitività sul mercato rafforzando la

¹⁰⁷ Direttiva 2009/73/CE, art. 36.

¹⁰⁸ *Firm freely allocable capacities*.

¹⁰⁹ Ulteriore *cap* motivato dalla Commissione in quanto la mancata fissazione di un limite avrebbe l'effetto di dare vita ad investimenti economicamente ingiustificati in ulteriori infrastrutture di gasdotti. Una riserva del 20% di capacità è per altro prevista dall'*Allocation Mechanism network code* (“CAM”).

¹¹⁰ Decisione COM(2016) 6950 final, punto 142.

presenza di Gazprom, multinazionale russa controllata dal governo della Federazione Russa.

Saliente sarà la trattazione relativa al principio di solidarietà¹¹¹ evocato dalla Polonia contro la decisione della Commissione. A parere della Polonia, infatti, il principio richiederebbe che non solo gli Stati membri, ma anche le istituzioni dell'Unione lavorino all'unisono, secondo uno spirito di solidarietà, al fine di realizzare gli obiettivi dell'*acquis* energetico europeo. Le misure che avrebbero come conseguenza la messa in pericolo della sicurezza energetica di alcuni Stati sarebbero una violazione di tale principio. La decisione, infatti, avrebbe limitato l'uso di ulteriori gasdotti da cui dipende la sussistenza del gas polacco quali i gasdotti Yamal e Broterhood¹¹².

Nel successivo paragrafo verranno analizzati i ricorsi proposti avverso la decisione COM(2016) 6950 final e la conseguente sentenza del Tribunale in causa T-883/16.

2.3 Sentenza del Tribunale in causa T-883/16

Con la sentenza T-883/16, il Tribunale annulla la decisione della Commissione COM(2016) 6950 final. È bene, dapprima, risalire agli eventi che hanno seguito la pubblicazione di quest'ultima avvenuta, tra l'altro, con lauto ritardo. La decisione, infatti, era stata presa il 28 ottobre 2016 e seguita dalla pubblicazione di un comunicato stampa. Tuttavia, la decisione stessa è stata pubblicata solo il 9 gennaio 2017, dunque con più di due mesi di ritardo, tanto che numerosi Stati membri dell'Europa orientale hanno presentato frequenti reclami alla Commissione europea al fine di richiederne la pubblicazione.

Alla pubblicazione seguono numerose critiche, in particolare provenienti dalla Polonia che, in parallelo alla PGniG, compagnia polacca del gas in una posizione interna pressoché monopolistica, propone un ricorso di annullamento avverso detta decisione. Il Tribunale ha dichiarato irricevibile il ricorso di annullamento come presentato dall'impresa polacca in questione avverso la decisione c.d. controversa della Commissione. La ragione risiedeva nel difetto di legittimazione ad agire in quanto la decisione suddetta non riguardava PGniG né direttamente né indirettamente, in più non andava a costituire un atto regolamentare¹¹³.

La Repubblica di Polonia ha poi proposto un secondo ricorso di annullamento di fronte al Tribunale contro la decisione della Commissione, ricorso poi accolto. Questo è stato presentato il 16 dicembre 2016, subito dopo il comunicato stampa, promuovendo inoltre una versione integrativa al ricorso il 13

¹¹¹ Art. 194 TFUE.

¹¹² “Il gasdotto Brotherhood esce dalla Russia, attraversa l'Ucraina e la Slovacchia ed entra nella Repubblica ceca, da cui il gas viene inoltre instradato, attraverso gasdotti connessi, verso altri Stati membri. La Gazprom fornisce gas anche attraverso il gasdotto Yamal, che attraversa la Bielorussia, entra nei paesi baltici, attraversa la Polonia, entra in Germania e prosegue oltre”, Conclusioni dell'Avvocato generale, causa C-848/19 P, nota 14.

¹¹³ Conclusioni dell'Avvocato generale, causa C-848/19 P, nota 16.

marzo 2017 a seguito della pubblicazione ufficiale della decisione della Commissione¹¹⁴. La Repubblica di Polonia sostiene, infatti, che solo in seguito alla pubblicazione dell'atto di cui prima essa ha effettivamente potuto prendere conoscenza dei contenuti della decisione in questione¹¹⁵.

Al contrario, la Commissione contesta la ricevibilità della memoria integrativa in quanto sostiene che, a fronte dell'art. 263 TFUE che recita: “[...]. I ricorsi previsti dal presente articolo devono essere proposti nel termine di due mesi [...]”¹¹⁶, la Repubblica di Polonia aveva esaurito il proprio diritto di ricorso e dunque non potesse beneficiare di un nuovo termine a fronte della pubblicazione dell'atto, in quanto già venuta a conoscenza dello stesso. Il Tribunale afferma, però, che data la pubblicazione in data 3 gennaio 2017 della decisione impugnata, quello è il momento dal quale decorrono i due mesi in cui è possibile presentare ricorso¹¹⁷. Per tale ragione, la memoria complementare è dichiarata ricevibile dal Tribunale.

Nel sostenere il suo ricorso, la Polonia adduce sei motivi. In primo luogo, sostiene che la decisione della Commissione violasse l'art. 36, par. 1, lett. a) della direttiva 2009/73 in combinato con l'art. 194, par. 1, lett. b), TFUE contenente l'obbligo, per gli Stati membri, di garantire, secondo uno spirito di solidarietà, la sicurezza dell'approvvigionamento energetico dell'Unione. Il secondo punto verte sul difetto di competenza della Commissione e sulla violazione dell'art. 36, par. 1, della direttiva 2009/73; il terzo riguarda la violazione dell'art. 36, par. 1, lett. b) della direttiva 2009/73, mentre il quarto è incentrato sulla violazione dell'art. 36, par. 1, lett. a) ed e) della direttiva 2009/73¹¹⁸. Il quinto motivo verte, poi, sulla violazione di convenzioni internazionali di cui l'Unione europea è parte; per concludere il sesto motivo è quello della violazione del principio della certezza del diritto¹¹⁹.

Di questi, solo il primo motivo di ricorso verrà discusso essendo questo l'unico oggetto di analisi del Tribunale. Il primo motivo di ricorso, infatti, viene accolto nella sua parte relativa alla violazione del principio di sussidiarietà, dunque cessa d'essere necessaria una trattazione sugli ulteriori motivi.

Nella sua azione dinanzi la Corte, la Polonia contesta, *inter alia*, la violazione dell'art. 36, par. 1, lett. a) della direttiva 2009/73/CE¹²⁰, nonché del principio di solidarietà. L'art. 36, par. 1, lett. a) recita:

¹¹⁴ Sentenza del Tribunale, causa T-883/16, punti 33 e 34.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Art. 263, par. 6, TFUE.

¹¹⁷ Sentenza del Tribunale, causa T-883/16, punto 35.

¹¹⁸ L'art. 36, par. 1, lett. a) ed e) della direttiva 2009/73 recita: “[n]uove importanti infrastrutture del sistema del gas, vale a dire interconnettori, impianti di GNL e impianti di stoccaggio possono essere oggetto, su richiesta e per un periodo di tempo definito, di una deroga alle disposizioni degli articoli 9, 32, 33 e 34 e dell'articolo 41, paragrafi 6, 8 e 10 alle seguenti condizioni: a) l'investimento deve rafforzare la concorrenza nella fornitura di gas e la sicurezza degli approvvigionamenti; [...]; e) la deroga non deve pregiudicare la concorrenza o l'efficace funzionamento del mercato interno del gas naturale o l'efficiente funzionamento del sistema regolato a cui l'infrastruttura è collegata.”

¹¹⁹ Sentenza del Tribunale, causa T-883/16, punto 48.

¹²⁰ *Ivi*, punto 49.

“[n]uove importanti infrastrutture del sistema del gas, vale a dire interconnettori, impianti di GNL e impianti di stoccaggio possono essere oggetto, su richiesta e per un periodo di tempo definito, di una deroga alle disposizioni degli articoli 9, 32, 33 e 34 e dell’articolo 41, paragrafi 6, 8 e 10 alle seguenti condizioni: a) l’investimento deve rafforzare la concorrenza nella fornitura di gas e la sicurezza degli approvvigionamenti; [...]”¹²¹.

La Repubblica di Polonia evidenzia *in primis* come, conformemente all’articolo di cui sopra, una deroga possa essere concessa ad un’infrastruttura del gas solo nel caso in cui quest’ultima costituisca un motivo di miglioramento della sicurezza dell’approvvigionamento del gas. A parere della Polonia, la concessione di nuove forme di esenzione al gasdotto OPAL costituirebbe una minaccia alla sicurezza dell’approvvigionamento di gas, in particolare nei territori dell’Europa centrale serviti da ulteriori gasdotti, nello specifico i gasdotti Yamal e Braterstwo. L’approvazione del nuovo regime d’esenzione avrebbe causato una riduzione del trasporto di gas per il tramite di questi ultimi e rafforzato la posizione di Gazprom sul territorio. Ne consegue che la sicurezza dell’approvvigionamento in Polonia sarebbe stata indebolita ostacolando, tra l’altro, un’efficace diversificazione dell’approvvigionamento di gas¹²².

Inoltre, la Polonia sostiene che il criterio per il quale un’esenzione può essere concessa se l’infrastruttura migliora le condizioni di sicurezza dell’approvvigionamento, deve essere valutato alla luce del regolamento 994/2010, *concernente misure volte a garantire la sicurezza dell’approvvigionamento di gas*¹²³ in combinata lettura con l’art. 194, par. 1, TFUE ovvero il criterio che sottostà alla politica energetica europea.

Tale argomento relativo alla necessità che l’investimento rafforzi la sicurezza degli approvvigionamenti non può essere accolto in quanto, come precedentemente discusso, nella decisione impugnata la Commissione non approva una deroga di nuova natura, ma revisiona una deroga precedentemente accordata. Per quanto riguarda, invece, il miglioramento della sicurezza dell’approvvigionamento, non è la deroga del caso che deve soddisfare il criterio, ma l’investimento in sé e per sé, ovvero la costruzione del gasdotto OPAL. Questa è stata valutata precedentemente dalla Commissione nell’iniziale decisione risalente al 2009 e la revisione dell’esenzione si è limitata ad approvare una modifica alle condizioni di deroga¹²⁴. Il primo punto è stato, di conseguenza, respinto dal Tribunale.

Per quanto riguarda il secondo punto del primo motivo di ricorso, il più saliente, ovvero quello relativo al principio di solidarietà energetica, il discorso si fa più complesso, tanto da essere ripreso ampiamente in occasione dell’analisi nella sentenza della CGUE che segue l’impugnazione della sentenza in analisi del Tribunale.

¹²¹ Direttiva 2009/73/CE, art. 36, par. 1, lett. a).

¹²² Sentenza del Tribunale, causa T-883/16, punto 51.

¹²³ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, 994/2010, *concernente misure volte a garantire la sicurezza dell’approvvigionamento di gas e che abroga la direttiva 2004/67/CE del Consiglio*.

¹²⁴ Ivi, punto 58.

La Repubblica di Polonia, infatti, sostiene che il principio di solidarietà, come previsto dall'art. 194, TFUE, sia caposaldo della politica energetica europea. In quanto tale, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione e dalla Repubblica federale di Germania, questo sarebbe un principio legale e non politico, dunque obbligherebbe non solo gli Stati membri, ma anche le istituzioni europee a farne uso in quanto criterio in sede di valutazione.

Cosa spinga, nello specifico, la Polonia a tale ricorso è presto detto. La motivazione sottesa alla preoccupazione polacca nei riguardi della decisione della Commissione ha a che fare con fattori di natura geopolitica e il timore nei rispetti degli abusi di mercato russi¹²⁵. La problematica chiave sarebbe quella dell'omissione delle vie di transito polacche, ma soprattutto ucraine. La Russia, infatti, una volta resasi indipendente da questi passaggi intermedi, avrebbe diretto accesso al mercato europeo del gas e dunque potrebbe abusare del proprio potere contrattuale su clienti sforniti di alternative di fornitura. La preoccupazione verterebbe, nello specifico, sull'eventuale entrata in disuso di rotte in funzione quali i gasdotti Yamal e Braterstwo, in quanto Nord Stream 1 e OPAL permetterebbero a Gazprom di bypassare le usuali vie di approvvigionamento in Europa orientale. Ciò costituirebbe un pericolo per la sicurezza di approvvigionamento di gas.

Dinanzi al Tribunale, infatti, la Repubblica di Polonia teme il sorgere di rischi di riduzione o interruzione della fornitura di gas tramite Yamal e ne evidenzia gli eventuali effetti negativi:

“– sulla disponibilità delle capacità di importazione in Polonia dalla Germania e dalla Repubblica ceca; – sul livello delle tariffe di trasporto a partire da questi due paesi; – sulla diversificazione delle fonti di approvvigionamento di gas in Polonia e negli altri Stati membri dell'Europa centrale e orientale”¹²⁶.

La Commissione rifiuta tali argomentazioni ritenendo che la solidarietà energetica sia un concetto politico che possa abbracciare, se del caso, situazioni di crisi di funzionamento del mercato interno del gas, mentre è la direttiva 2009/73/CE a stabilire le regole relative al normale funzionamento del mercato. Ne deriverebbe che il criterio presente all'art. 36, par. 1 – relativo al miglioramento della sicurezza dell'approvvigionamento – avrebbe in sé la presa in considerazione del principio di solidarietà energetica.

A parere del Tribunale, però, l'art. 194 TFUE, inserito in occasione del Trattato di Lisbona come base giuridica propria del settore dell'energia, sarebbe un principio legale di base e, in quanto tale, i suoi effetti ricadono sugli Stati membri così come sulle istituzioni dell'Unione europea.

Dal tenore dell'art. 194, par. 1, TFUE è possibile derivare che il principio di solidarietà energetica non comporti obblighi di reciproca assistenza solo nel caso di eventi di forza maggiore, ma un obbligo generale di valutazione nell'ambito dell'esercizio delle competenze degli Stati membri, così come delle istituzioni europee. Dunque una solidarietà *de facto*:

¹²⁵ DIMITROFF, TALUS (2019: 7 ss.).

¹²⁶ Sentenza del Tribunale, causa T-883/16, punto 64.

“[n]el quadro dell’instaurazione o del funzionamento del mercato interno e tenendo conto dell’esigenza di preservare e migliorare l’ambiente, la politica dell’Unione nel settore dell’energia è intesa, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, a: a) garantire il funzionamento del mercato dell’energia, b) garantire la sicurezza dell’approvvigionamento energetico nell’Unione, c) promuovere il risparmio energetico, l’efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili, d) promuovere l’interconnessione delle reti energetiche”¹²⁷.

Da questa valutazione deriva che spettasse alla Commissione considerare la possibilità che la revisione del regime di deroga potesse comportare effetti negativi agli interessi di altri Stati membri e, se del caso, bilanciare gli interessi della Repubblica federale di Germania con gli ulteriori riscontrati in analisi.

Per quanto riguarda la questione se la decisione impugnata violi il principio di solidarietà energetica, quest’ultimo non è menzionato nella decisione impugnata, ma, allo stesso tempo, non pare emergere che una siffatta analisi sia stata messa in atto dalla Commissione mancando un esame di tale principio. Al punto 4.2 della decisione impugnata, la Commissione ha effettuato delle osservazioni concernenti il miglioramento della sicurezza dell’approvvigionamento, nello specifico:

“The increased utilisation of the OPAL pipeline that is likely to result from the changed scope of the exemption will further increase security of supply. Currently, the use of OPAL is in practice limited by the capacity cap implemented at the German-Czech border at Brandov. Under the Notified Decision, additional capacities will be auctioned under the regulatory framework. That would allow for additional capacities to be shipped through OPAL to the Czech Republic and beyond to other EU Member States and neighbouring countries, in particular Slovakia and Ukraine. [...]. This enhancement of security of supply is thus to the benefit of all areas (particularly in the EU and the Energy Community) which are accessible via existing or future infrastructure”¹²⁸.

È possibile osservare che le analisi poste in essere dalla Commissione come quella di cui sopra riguardano esclusivamente la “messa in servizio e l’aumento della capacità effettivamente utilizzata del gasdotto OPAL sulla sicurezza degli approvvigionamenti dell’Unione in generale”¹²⁹. Quello che ne deriva è che non trovi realizzazione effettiva un esame riguardante le possibili conseguenze sul mercato polacco del gas derivanti dalla modifica del regime di uso del gasdotto OPAL.

In secondo luogo, la Commissione non sembra considerare il principio di solidarietà energetica in una siffatta analisi. Questo perché non si sono valutati gli effetti sul mercato del gas polacco di una riduzione del transito e del trasferimento dello stesso verso Nord Stream 1/OPAL.

Alla luce di queste considerazioni, il Tribunale afferma che la decisione impugnata sia stata adottata in violazione del principio di solidarietà energetica

¹²⁷ Sentenza del Tribunale, causa T-883/16, punto 67.

¹²⁸ Decisione della Commissione, COM(2016) 6950 final, punto 49.

¹²⁹ Sentenza del Tribunale, causa T-883/16, punto 81.

come enunciato all'art. 194, par. 1, TFUE. Dato che la decisione impugnata è stata annullata accogliendo il primo motivo di ricorso della Repubblica di Polonia, il Tribunale non si pronuncia sui restanti cinque.

Il Tribunale accetta, dunque, il ricorso della Polonia e annulla la decisione impugnata. Il Tribunale, in tale maniera, ancora il principio di solidarietà energetica come giuridico vincolante elevandolo a principio generale nella sfera del diritto primario dell'Unione. Come precedentemente trattato, questo comporta l'impossibilità di adottare azioni unilaterali, ma la necessità di ricerca di un equilibrio degli interessi dei vari Stati membri in ambito energetico.

La trattazione a riguardo sarà maggiormente estensiva nel capitolo 3 dove verrà analizzato l'approccio al principio di solidarietà energetica come inteso dalla CGUE, approccio che conferma quanto precedentemente affermato dal Tribunale in sede di ricorso per annullamento.

Capitolo 3

Causa C-848/19 P: Repubblica federale di Germania c. Polonia

“Nous faisons trop et souvent pas assez. Il n’y a pas suffisamment de solidarité en Europe. Le grand absent européen, c’est la solidarité”.

(Discorso dell’ex Presidente del Parlamento europeo Jean-Claude Juncker all’European University Institute in occasione di *State of the Union conference: Building a people’s Europe*)

Si sono finora trattate le fasi precedenti l’impugnazione, da parte della Repubblica federale di Germania, della sentenza del Tribunale T-883/16.

Il 15 luglio 2021, la Corte di giustizia dell’Unione europea ha respinto il ricorso della Germania nel c.d. caso Ostsee-Pipeline-Anbindungsleitung (“OPAL”) avuto riguardo la precedente decisione del Tribunale. Quest’ultima ha come focus la necessità di considerare gli interessi nazionali degli Stati membri dell’Unione, così come gli interessi dell’Unione stessa, nelle decisioni delle istituzioni europee nell’ambito dell’*acquis* energetico al fine di dare applicazione al principio di solidarietà energetica come previsto nel TFUE.

Il contesto geopolitico e l’impatto diretto della sentenza sulle quantità di gas russo consegnato attraverso il gasdotto Nord Stream 1 rendono necessarie considerazioni aggiuntive sull’impatto di forniture esterne di gas all’Unione europea, in particolare in merito alla sicurezza ed indipendenza energetica. Inoltre, poiché verranno riprese dalla Corte di giustizia, si discuteranno le conclusioni dell’Avvocato generale sull’applicabilità del principio di solidarietà energetica a tutti gli obiettivi di politica energetica dell’Unione.

L’argomento in questione non essendo dunque limitato all’ambito della sicurezza dell’approvvigionamento di gas, rende necessario considerare l’impatto del caso OPAL sul mercato energetico europeo.

In questo capitolo verranno dapprima discusse le motivazioni che hanno indotto la Repubblica federale di Germania a proporre un’impugnazione il 20 novembre 2019 contro la sentenza del Tribunale del 10 settembre 2019, per poi analizzare le conclusioni dell’Avvocato generale Sánchez-Bordona presentate il 18 marzo 2021. Seguirà, infine, l’analisi del giudizio della Corte.

3.1 Motivi di impugnazione e argomentazione delle parti

Nel presente paragrafo verranno analizzati i cinque motivi adottati dalla Repubblica federale di Germania nell’impugnazione della sentenza in causa T-883/16 dinanzi alla CGUE.

Iniziando con il primo, il più saliente, la Germania accusa il Tribunale di aver fornito un’erronea valutazione in diritto del principio di solidarietà

energetica¹³⁰ argomentando che questo, come enunciato all'art. 194, par. 1, TFUE, non comporterebbe diritti ed obblighi per le istituzioni europee e gli Stati membri, ma costituisca un criterio di natura astratta e vaga, con un portato esclusivamente politico¹³¹. Solamente per il tramite di una “concretizzazione nel diritto derivato”¹³², il principio avrebbe poi modo di divenire criterio valutativo applicato da qualsivoglia organo esecutivo¹³³.

A parere della Repubblica federale di Germania, infatti, la Commissione non sarebbe incorsa in errore seguendo i dettami imposti dall'art. 36, par. 1, della direttiva 2009/73 – mezzo di diritto secondario per il tramite del quale il principio di solidarietà energetica all'art. 194 TFUE acquisirebbe validità giuridica; detta disposizione imporrebbe solamente la verifica in materia di sicurezza dell'approvvigionamento. Quest'ultima, infatti, viene definita come un'assicurazione contro i rischi, con obbligo condiviso dall'UE, dagli Stati membri, dalle imprese energetiche e dai clienti, dunque come una tecnica di gestione economica del rischio, *assessment* svolto dalla Commissione in sede di valutazione.

La Repubblica federale di Germania aggiunge che:

“[...] non esistono indizi che suggeriscano l'esistenza, in capo alla Commissione, in quanto organo esecutivo dell'Unione, di un obbligo discendente dal principio di solidarietà energetica in quanto tale, che vada al di là della concretizzazione di quest'ultimo nell'ambito dell'articolo 36, paragrafo 1, della direttiva 2009/73”¹³⁴.

Ne deriva che il principio di solidarietà energetica non vincolerebbe le istituzioni dell'Unione, se non il legislatore.

A parere della Repubblica di Polonia, invece, il principio di solidarietà energetica, come enunciato all'art. 194 TFUE, è considerabile come espressione del generale principio di solidarietà tra gli Stati membri assurgendo, dunque, a rango di diritto primario – essendo i principi generali dello stesso rango. Ne consegue che gli atti di diritto secondario debbano essere valutati, nella loro legittimità, alla luce del principio suddetto¹³⁵.

Nello scenario come proposto dalla Polonia, il principio di solidarietà vincola indistintamente gli Stati membri e le istituzioni europee, ivi compresa la Commissione, ovvero la guardiana dei Trattati¹³⁶. L'Unione dell'energia ha come

¹³⁰ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, del 15 luglio 2021, causa C-848/19 P, *Repubblica federale di Germania c. Polonia*, punto 26.

¹³¹ Ivi, punto 27.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ In generale, questo argomento deriva dal concetto di funzione limitata della legislazione primaria nell'applicazione pratica (ad esempio, fornire alcuni requisiti giuridici applicabili), che è piuttosto significativa per stabilire alcuni quadri politici e obiettivi dell'attività dell'UE, come osservato dalla Germania.

¹³⁴ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, *Repubblica federale di Germania c. Polonia*, punto 29.

¹³⁵ Ivi, punto 31.

¹³⁶ L'art. 17, par. 1, TUE recita: “[l]a Commissione promuove l'interesse generale dell'Unione e adotta le iniziative appropriate a tal fine. Vigila sull'applicazione dei trattati e delle misure

obiettivo la sicurezza degli approvvigionamenti del gas e questa dovrebbe essere garantita alla luce dell'art. 194 TFUE¹³⁷. Dunque, le argomentazioni della Repubblica federale di Germania sarebbero infondate.

Il secondo motivo di impugnazione è derivato diretto del primo, si tratta dell'impossibilità di applicazione del principio di solidarietà energetica nel caso in questione in quanto non avente carattere emergenziale.

Così recita il punto 72 della sentenza impugnata:

“[...] il principio di solidarietà comporta altresì un obbligo generale, da parte dell'Unione e degli Stati membri, nell'ambito dell'esercizio delle loro rispettive competenze, di tener conto degli interessi degli altri operatori”¹³⁸.

A parere della Repubblica federale di Germania, il Tribunale sarebbe incorso in errore non tenendo in conto il fatto che il principio di solidarietà costituisce al più un meccanismo di emergenza¹³⁹. La generale applicabilità di tale principio, infatti, causerebbe un immobilismo in seno all'Unione essendo che solo raramente gli obiettivi e interessi statali possono essere conciliati. Ne deriverebbe che, vista l'assenza di un contesto emergenziale, la Commissione non era tenuta a prendere in considerazione, nell'adozione della decisione COM(2016) 6950 final, il principio di solidarietà energetica.

La Polonia non concorda con tale affermazione e considera, al contrario, l'art. 194 TFUE come generalmente applicabile alle azioni rientranti nelle politiche europee del settore energetico, senza che tale obbligo sia costretto all'interno di logiche d'emergenza.

Per quanto riguarda il terzo motivo di impugnazione, esso è relativo “ad un'erronea valutazione quanto alla presa in considerazione, da parte della Commissione, del principio di solidarietà energetica”¹⁴⁰. A parere della Repubblica federale di Germania, la Commissione ha preso in considerazione il principio suddetto al momento della valutazione della bontà della revisione dell'esenzione. Non sarebbe, infatti, obbligata ad indicare il modo in cui ne tiene conto.

adottate dalle istituzioni in virtù dei trattati. Vigila sull'applicazione del diritto dell'Unione sotto il controllo della Corte di giustizia dell'Unione europea [...]”.

¹³⁷ Il principio di solidarietà energetica, e più generalmente di solidarietà, deriverebbe, infatti, dal principio di leale cooperazione (art. 4, par. 3, TUE) e dal principio stesso di solidarietà (art. 3, par. 3, TUE).

¹³⁸ Sentenza del Tribunale, causa T-883/16, punto 72.

¹³⁹ Interpretazione che, a parere della Repubblica federale di Germania, sarebbe suffragata dalla lettura combinata dell'art. 3, par. 3, TUE che recita: “[l]’Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell’Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un’economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell’ambiente [...]. Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri. [...]” e dell'art. 222 TFUE che recita: “[l]’Unione e gli Stati membri agiscono congiuntamente in uno spirito di solidarietà qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall’uomo. L’Unione mobilita tutti gli strumenti di cui dispone, inclusi i mezzi militari messi a sua disposizione dagli Stati membri [...]”.

¹⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, *Repubblica federale di Germania c. Polonia*, punto 75.

Aggiunge che il Tribunale avrebbe commesso un errore di diritto nell'affermare la manchevolezza della Commissione nel non procedere ad una disamina delle possibili conseguenze di una tale decisione sul mercato del gas polacco, e questo sarebbe mostrato:

“[...] in primo luogo, dall'iter di adozione della decisione controversa, che ha incluso segnatamente la presentazione, da parte della Repubblica di Polonia, di osservazioni scritte prima dell'adozione della decisione stessa [...], in secondo luogo, dallo studio effettuato da un gruppo di lavoro, composto dai rappresentanti del Ministero dell'Energia della Federazione russa e della Commissione, relativo ad uno sfruttamento più efficace del gasdotto OPAL, come risulta dal punto 17 della decisione controversa, in terzo luogo, dal contenuto di un comunicato stampa della Commissione del 26 ottobre 2016 riguardante le conseguenze di tale decisione sul mercato del gas in Europa, come risulta anche dai punti da 80 a 88 della decisione suddetta, e, in quarto luogo, dalla verifica compiuta dalla Commissione riguardo alla sicurezza degli approvvigionamenti in occasione dell'esame delle condizioni per una deroga a titolo dell'articolo 36 della direttiva 2009/73”¹⁴¹.

La Repubblica di Polonia risponde sul punto evidenziandone l'irricevibilità essendo che mette in discussione valutazioni in punto di fatto¹⁴².

Il quarto motivo di impugnazione riguarda l'assenza per la Commissione dell'obbligo di menzione, nelle sue valutazioni, del principio di solidarietà energetica¹⁴³.

A parere della Repubblica federale di Germania, la decisione impugnata è valida in quanto non avrebbe messo a repentaglio la sicurezza dell'approvvigionamento di gas in Polonia. Per tali ragioni la Commissione non aveva motivo di esaminare a fondo le implicazioni della decisione impugnata nei suoi effetti sul mercato polacco del gas. In riferimento a ciò, la ricorrente cita la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa all'obbligo di motivazione degli atti giuridici, nonché al principio di buona amministrazione, garantito dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che implica non sia necessario “specificare tutti gli elementi di fatto o di diritto pertinenti”¹⁴⁴.

La Repubblica di Polonia ritiene il motivo di cui sopra inoperante ed infondato. Per quanto riguarda il quinto motivo di impugnazione, esso è relativo alla violazione dell'art. 263, secondo comma, TFUE¹⁴⁵. Questo recita:

“[a] tal fine, la Corte è competente a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, ovvero per sviamento di potere, proposti da uno Stato membro, dal Parlamento europeo, dal Consiglio o dalla Commissione”¹⁴⁶.

¹⁴¹ Ivi, punto 77.

¹⁴² Ivi, punto 81.

¹⁴³ Ivi, punto 92.

¹⁴⁴ Ivi, punto 93.

¹⁴⁵ Ivi, punto 100.

¹⁴⁶ Art. 263, comma 2, TFUE.

Nella parte iniziale del quinto motivo come descritto, la ricorrente sostiene che il Tribunale ha commesso un errore di diritto concludendo che la decisione impugnata non dimostrava che la Commissione avesse condotto un esame del principio di solidarietà energetica, mentre una decisione errata solo nella forma non dovrebbe essere annullata automaticamente. Decisioni sostanzialmente corrette, anche se “formalmente illegittime”¹⁴⁷, non devono essere annullate, secondo la Repubblica federale di Germania, ai sensi dell’art. 263, secondo comma, TFUE. Nella seconda parte del quinto motivo, la Repubblica federale di Germania sostiene la tardività dell’azione del Tribunale avuto riguardo la sentenza impugnata. Questo perché la posizione della Repubblica di Polonia circa la presunta violazione del principio di solidarietà energetica avrebbe dovuto essere sollevata nell’ambito di un ricorso contro la decisione C(2009) 4694¹⁴⁸.

Alla luce dei motivi di impugnazione come riassunti, si analizzeranno le conclusioni dell’Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona per poi discutere della conferma di queste ultime nella sentenza C-848/19 P della Corte di giustizia.

3.2 Conclusioni dell’Avvocato generale

Inquadrate il contesto normativo di riferimento, è necessario, prima di poter considerare l’analisi come presentata dalla Corte di giustizia, discutere le conclusioni dell’Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona presentate il 18 marzo 2021.

Anche se la Corte di giustizia non è vincolata dalle opinioni dei suoi Avvocati generali, esse sono percepite come segnale autorevole, anche se non conclusivo, di come la Corte potrebbe pronunciarsi sui casi per i quali le opinioni vengono richieste.

Nel proprio ragionamento, l’Avvocato generale afferma che tutti e cinque i motivi del ricorso, come precedentemente descritti, devono essere respinti.

Ci si concentrerà, nello specifico, sull’analisi dei primi due motivi di impugnazione, considerabili come i più rilevanti.

Prima di procedere ad un approfondimento del primo motivo, egli si sofferma sulla natura del principio di solidarietà, in senso generale, all’interno dei Trattati europei, nel diritto secondario e, infine, nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

In primis, egli enuncia le modalità di utilizzo del principio di solidarietà da parte della Corte all’interno della propria giurisprudenza. È bene sottolineare come, nel corso del tempo, non sia stata data connotazione in termini generali al principio, ma come lo stesso sia stato applicato alle controversie avuto riguardo misure contrarie al principio stesso.

¹⁴⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea, *Repubblica federale di Germania c. Polonia*, punto 101.

¹⁴⁸ Decisione della Commissione europea, del 12 giugno 2009, C(2009) 4694, *richiesta di emendamento a BNetzA della decisione del 25 febbraio 2009*.

Ne consegue che nonostante i vari campi di applicabilità del principio di solidarietà secondo diverso criterio ed intensità, esso ha la sua importanza nel diritto primario in quanto a obiettivo del processo di integrazione europea. Ciò permette al principio di solidarietà di comportare conseguenze giuridiche¹⁴⁹. Nonostante le differenti manifestazioni del principio, dunque la difficoltosa applicazione dello stesso, rimane principio guida dell'azione dell'Unione in alcuni campi e, come considerato dall'Avvocato generale, questo dovrebbe avvenire anche per la politica energetica europea.

L'Avvocato generale ("AG") osserva, poi, che alcuni articoli del Trattato, come l'art. 194 TFUE, parlano dello "spirito" della solidarietà, ma altri, come l'art. 80 TFUE, parlano del "principio" della solidarietà¹⁵⁰.

Tuttavia, sia lo "spirito" che il "principio" di solidarietà, secondo l'AG, potrebbero avere conseguenze giuridiche. Laddove queste implicazioni non sono contemplate dai Trattati, esse alludono chiaramente alla "solidarietà politica" come nell'art. 24 TUE¹⁵¹.

Anche alla luce di ciò, il primo motivo di impugnazione risulta essere il più saliente in quanto, pur ammettendo che "[...] al pari della maggior parte dei principi giuridici, quello di solidarietà energetica presenta una certa dose di astrattezza, che ne rende difficile l'applicazione"¹⁵², l'AG mette in risalto come la solidarietà energetica sia, in ogni caso, un principio giurisprudenziale del diritto dell'Unione europea, dunque può essere impiegato come criterio per il controllo giurisdizionale.

Prosegue, entrando nel merito, con valutazioni relative al primo motivo di impugnazione, come presentato dalla Repubblica federale di Germania, ovvero all'assenza di giuridicità del principio di solidarietà energetica.

L'Avvocato generale non concorda con tale constatazione e sostiene che:

"[...] il principio di solidarietà energetica di cui all'articolo 194, paragrafo 1, TFUE, produca effetti giuridici, e non meramente politici: a) come criterio di interpretazione delle norme di diritto derivato adottate nell'esercizio delle competenze dell'Unione in materia di energia; b) come elemento per colmare le lacune riscontrate in queste stesse norme; e c) come parametro per il controllo giurisdizionale, sia della legittimità delle suddette norme di diritto derivato, sia delle decisioni degli organi dell'Unione in tale ambito"¹⁵³.

¹⁴⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Sánchez-Bordona, *Repubblica federale di Germania c. Repubblica di Polonia, Commissione europea*, causa C-848/19 P, punto 70.

¹⁵⁰ Ivi, punto 68.

¹⁵¹ L'art. 24, par. 2 e 3 recita: "2. Nel quadro dei principi e degli obiettivi dell'azione esterna, l'Unione conduce, stabilisce e attua una politica estera e di sicurezza comune fondata sullo sviluppo della reciproca solidarietà politica degli Stati membri, sull'individuazione delle questioni di interesse generale e sulla realizzazione di un livello sempre maggiore di convergenza delle azioni degli Stati membri. 3. Gli Stati membri sostengono attivamente e senza riserve la politica estera e di sicurezza dell'Unione in uno spirito di lealtà e di solidarietà reciproca e rispettano l'azione dell'Unione in questo settore".

¹⁵² Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, *Repubblica federale di Germania c. Polonia*, punto 111.

¹⁵³ Ivi, punto 96.

Inoltre, egli non è d'accordo con le affermazioni della Germania e della Commissione europea dichiaranti che il principio di solidarietà energetica sia "troppo astratto"¹⁵⁴ per essere utilizzato come base per il controllo della legalità degli atti di quest'ultima, riferendosi ad esso come "parametro autonomo del controllo di legittimità nell'ambito di ricorsi diretti contro decisioni della Commissione"¹⁵⁵. Prosegue dicendo che "[...] la mancanza di menzione esplicita non esentava la Commissione dal valutare l'incidenza del principio di solidarietà energetica sulle sue decisioni di deroga, poiché il rispetto di tale principio è imposto dall'art. 194 TFUE"¹⁵⁶.

Mentre il parere afferma che il concetto di solidarietà energetica sia suscettibile di un'applicazione giuridica, è invece limitato sulla valutazione fattuale dell'impatto di questo principio, data soprattutto l'astrattezza, riconosciuta dall'Avvocato generale, del portato dello stesso. Ne consegue che il parere sostenga un approccio su misura, ovvero una valutazione *case-by-case* degli interessi coinvolti.

Quello che, però, viene chiaramente sottolineato dall'Avvocato generale è che se la valutazione messa in atto dalla Commissione europea "[...] è una palese dimenticanza, in detta ponderazione della situazione, di uno o più Stati membri"¹⁵⁷, la decisione non sarà di conseguenza conforme agli standard derivanti dal principio di solidarietà energetica. Da questo non deriva che qualsiasi esenzione debba essere approvata all'unanimità dagli Stati membri, ma che la valutazione degli effetti dovrebbe essere fatta ponendo sulla bilancia le argomentazioni dei diversi Stati.

Alla luce di ciò, nonché della successiva conferma della Corte di giustizia, la Commissione europea sarebbe tenuta a considerare il concetto di solidarietà energetica come parte del suo futuro processo decisionale di esenzione, ma avrebbe anche ampia libertà in termini di estensione e profondità di tale esame. Poiché la solidarietà energetica "[...] non può essere identificata con la mera sicurezza energetica (o "sicurezza dell'approvvigionamento energetico"), che è solo una delle sue manifestazioni"¹⁵⁸, secondo il parere, ed è "[...] sottesa a tutti gli altri obiettivi della politica energetica dell'Unione"¹⁵⁹, una valutazione del concetto di solidarietà energetica è sicuramente aperta a molteplici interpretazioni.

Dunque, nonostante l'analisi dell'Avvocato generale sul primo motivo di impugnazione, molte questioni sembrano rimanere irrisolte, in modo particolare, come discusso, quelle riguardanti l'astrattezza in merito all'applicazione pratica del principio di solidarietà energetica, ovvero ai criteri da applicare al fine di testare l'impatto delle decisioni su altri Stati membri e come le priorità nazionali devono essere soppesate rispetto a quelle dell'Unione nel suo complesso.

¹⁵⁴ Ivi, punto 100.

¹⁵⁵ Ivi, punto 101.

¹⁵⁶ Ivi, punto 105.

¹⁵⁷ Ivi, punto 116.

¹⁵⁸ Ivi, punto 76.

¹⁵⁹ Ivi, punto 77.

La questione è maggiormente difficoltosa quando si includono alcuni dei termini estremamente ambigui da esaminare in casi simili, in particolare la “sicurezza dell’approvvigionamento”. Il riconoscimento da parte della Corte, come poi avvenuto, dell’applicazione del principio di solidarietà a una gamma più ampia di situazioni, come quelle inerenti l’efficienza energetica o la produzione di energia rinnovabile, ha poi probabilmente ulteriormente complicato la corretta applicazione del principio in questione.

Data l’analisi del primo motivo in relazione al concetto di solidarietà energetica, non sorprende che il secondo argomento presentato dalla Germania sia l’inapplicabilità del principio al caso in esame¹⁶⁰ sostenendo che il principio di solidarietà possa essere utilizzato solo in circostanze emergenziali.

La Repubblica federale di Germania decide di ricorrere all’art. 222 TFUE, il quale, al par. 1, recita:

“[L]’Unione e gli Stati membri agiscono congiuntamente in uno spirito di solidarietà qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall’uomo”¹⁶¹.

Viene qui menzionato il concetto di solidarietà nel quadro degli aiuti di emergenza nell’eventualità di atti terroristici e calamità naturali o causate dall’uomo.

L’Avvocato generale si oppone a questo punto di vista essendo che:

“[...] la solidarietà energetica va oltre la mera sicurezza dell’approvvigionamento energetico. Ma quand’anche fosse limitata a quest’ultima, tale principio contribuisce ad evitare le crisi di approvvigionamento, come suggerisce la Polonia nelle sue osservazioni, il che spiega perché la maggior parte dei meccanismi previsti dal regolamento 2017/1938 sia preventiva. È preferibile che la solidarietà energetica operi per prevenire le crisi e non si rifletta solo nei meccanismi di reazione di fronte ad esse”¹⁶².

Ne consegue che le misure di sicurezza dell’approvvigionamento possano avere almeno due dimensioni distinte in termini di periodo richiesto per eseguirle. È possibile constatare, dunque, che entrambi i tipi di interventi (siano essi di prevenzione o di emergenza), sono uniti dalla necessità di mettere al riparo i consumatori dai rischi connaturati al mercato. Un’ampia gamma di potenziali pericoli per l’approvvigionamento di gas, da quelli legati all’integrità fisica del sistema a quelli legati a sfide ambientali, socioeconomiche o persino geopolitiche, dovrebbero essere dunque considerati nel computo dell’analisi sulla sicurezza dell’approvvigionamento.

Per quanto riguarda il terzo motivo di impugnazione, ovvero il punto riguardante, a parere della Germania, l’errore del Tribunale nel ritenere che la Commissione abbia violato il principio di solidarietà energetica, l’Avvocato generale ne dichiara l’irricevibilità. Questo in quanto, secondo i dettami dell’art.

¹⁶⁰ Ivi, punto 119.

¹⁶¹ Art. 222, par. 1, TFUE.

¹⁶² Conclusioni dell’Avvocato generale Sánchez-Bordona, causa C-848/19 P, punto 129.

256, par. 1, TFUE, così come dell'art. 58, primo comma, dello Statuto della Corte di giustizia, l'impugnazione deve essere limitata ai motivi di diritto. Il Tribunale, infatti, sarebbe responsabile, in via generale, della valutazione dei fatti e degli elementi di prova sui quali basa l'accertamento dei fatti stessi¹⁶³. Nel caso in cui gli elementi di prova siano stati assunti secondo i principi generali di diritto, è il Tribunale a dover stimare "il valore da attribuire agli elementi ad esso sottoposti"¹⁶⁴, dunque la stima di tali elementi costituisce una questione di diritto solo nel caso in cui si sia verificato uno snaturamento degli elementi stessi, evento non invocato dalla Commissione. Ne consegue il parere dell'Avvocato sull'irricevibilità del motivo di impugnazione in quanto questo contesta le affermazioni della sentenza impugnata senza l'invocazione di uno snaturamento dei fatti come giudicati dal Tribunale.

Nel quarto motivo di impugnazione, la Repubblica federale di Germania sostiene che la Commissione non avesse in capo a sé l'obbligo di fare menzione, all'interno della propria decisione, del principio di solidarietà energetica. In risposta al punto, l'Avvocato generale sostiene che la decisione del Tribunale, come chiaramente presente all'interno della sentenza dello stesso, non si sia basata sulla mancata menzione del principio di solidarietà energetica da parte della Commissione. Al contrario, il Tribunale aveva rilevato l'assenza di una corretta valutazione degli interessi e delle implicazioni in gioco nella revisione del regime d'esenzione concesso al gasdotto OPAL. Dato ciò, anche il quarto motivo di impugnazione dovrebbe essere respinto.

Per quanto riguarda, infine, il quinto motivo di impugnazione, qui la Germania sostiene che il Tribunale, al punto 79 della sentenza impugnata, abbia violato le disposizioni all'art. 263, secondo comma, TFUE. A parere della Repubblica federale di Germania, una decisione formalmente errata non dovrebbe essere in automatico annullata poiché sostanzialmente esatta. La seconda parte del quinto motivo riguarda il fatto che il Tribunale avrebbe commesso un errore di diritto accogliendo l'argomento della Repubblica di Polonia riguardante la violazione del principio di solidarietà energetica della decisione controversa della Commissione. La stessa violazione sarebbe dovuta essere, infatti, sollevata dalla Polonia in occasione, dunque contro, la decisione C(2009)4694.

L'Avvocato generale ritiene che entrambi i punti debbano essere dichiarati irricevibili in quanto il Tribunale ha annullato la decisione della Commissione per la violazione del principio di solidarietà energetica all'art. 194, par. 1, TFUE, non per carenza di motivazione¹⁶⁵. In secondo luogo, la seconda argomentazione non può essere accolta in quanto la decisione della Commissione del 2016 ha apportato delle modifiche al regime di esenzione del gasdotto OPAL, dunque è possibile procedere ad un controllo giurisdizionale prescindendo dalla possibilità di procedervi in occasione della decisione del 2009.

Concludendo, è bene ribadire che i criteri di conformità al principio di solidarietà energetica non sono ancora chiariti e specificati.

¹⁶³ Conclusioni dell'Avvocato generale Sánchez-Bordona, causa C-848/19 P, punto 146.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Sánchez-Bordona, causa C-848/19 P, punto 167.

Le valutazioni dell'Avvocato generale sembrano aggiungere un certo grado di ambiguità alla comprensione dell'applicazione futura di tale principio, in maniera particolare se vengono considerati gli obiettivi dell'Unione europea nella costruzione dell'Unione dell'energia – come prevista dal 2015 e basata su un'agenda che ha come caposaldo le basse emissioni di carbonio – dato il successivo riconoscimento della Corte della necessità di applicazione del principio di solidarietà energetica in relazione a tutti gli obiettivi di politica in materia dell'Unione europea.

3.3 Giudizio della Corte sui cinque motivi di impugnazione

Nella sentenza *OPAL*, la Corte di giustizia dell'Unione europea prende posizione circa i cinque motivi di impugnazione fatti valere dalla Repubblica federale di Germania contro la sentenza del Tribunale in causa T-883/16. Come visto precedentemente, i motivi di impugnazione sono così sinteticamente enunciati e ripresi:

- sul primo motivo di impugnazione, relativo all'erronea valutazione del principio di solidarietà energetica¹⁶⁶;
- sul secondo motivo di impugnazione, relativo alla non applicabilità del principio di solidarietà energetica¹⁶⁷;
- sul terzo motivo di impugnazione, relativo ad un'erronea valutazione quanto alla presa in considerazione, da parte della Commissione, del principio di solidarietà energetica¹⁶⁸;
- sul quarto motivo di impugnazione, relativo all'assenza di un obbligo per la Commissione di menzionare il principio di solidarietà energetica¹⁶⁹;
- Sul quinto motivo di impugnazione, relativo ad una violazione dell'art. 263, secondo comma, TFUE¹⁷⁰.

Analizzando il ragionamento seguito dalla Corte, sarà possibile comprenderne le conclusioni, in maniera particolare ponendo l'accento sui primi due giudizi quali risposta ai corrispondenti motivi di impugnazione.

La Corte segue e riprende la *ratio* come esposta nelle conclusioni dell'Avvocato generale Sanchez-Borbona del 18 marzo 2021, a sua volta coerenti con il ragionamento del Tribunale in causa T-883/16.

Avuto riguardo il primo motivo di impugnazione, la Corte afferma che il principio di solidarietà energetica trovi applicazione nei rapporti tra gli Stati membri, così come indicato all'art. 194, par. 1, TFUE. Il giudice dell'Unione, però,

¹⁶⁶ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, *Repubblica federale di Germania c. Polonia*, punto 26.

¹⁶⁷ Ivi, punto 54.

¹⁶⁸ Ivi, punto 74.

¹⁶⁹ Ivi, punto 91.

¹⁷⁰ Ivi, punto 99.

fa riferimento non solo ad una solidarietà di natura orizzontale, ma anche verticale, dunque tra Stati membri e istituzioni europee. Nell'arrivare a tale conclusione, la Corte collega il principio di solidarietà energetica alla sua base giuridica all'art. 4, par. 3, TUE, ovvero al principio di leale cooperazione in virtù del quale gli Stati membri hanno il dovere di garantirsi assistenza reciproca nell'osservanza dei Trattati¹⁷¹. A sostegno dell'argomentazione, è possibile fare riferimento ad una precedente sentenza della Corte di giustizia, *Union des industries de la protection des plantes*, del 2019 dove il giudice statuisce, al punto 49, che:

“[...] in virtù del principio di leale cooperazione sancito dall'articolo 4, paragrafo 3, TUE, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. A tale proposito, la Corte ha segnatamente dichiarato che tale principio obbliga non soltanto gli Stati membri ad adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto dell'Unione, ma impone altresì alle istituzioni di quest'ultima, in termini di reciprocità, obblighi di leale collaborazione con gli Stati membri”¹⁷².

Per quanto concerne le dichiarazioni della Repubblica federale della Germania a parere della quale il principio di solidarietà risulterebbe un criterio valutativo di natura politica e non giuridica, – e dunque da qui la necessità di concretizzazione del principio per il tramite del diritto derivato – la Corte sostiene che il principio sia sotteso, invece, agli obiettivi dell'Unione nel suo insieme, dunque perfettamente atto a produrre effetti giuridici¹⁷³. Tali sono le ragioni per le quali la Corte non può accogliere l'argomentazione come presentata dalla Repubblica federale di Germania, questo perché il principio di solidarietà rientra tra i principi generali del diritto dell'Unione e, in quanto tale, veste gli effetti di un criterio di valutazione di legittimità delle decisioni adottate in seno alle istituzioni dell'Unione non vincolando, dunque, esclusivamente il legislatore europeo¹⁷⁴.

Alla luce di ciò, la Corte non può accogliere, alla stessa maniera, l'argomentazione della Repubblica federale di Germania a parer della quale la concretizzazione, di cui prima, del principio di solidarietà nel diritto derivato sarebbe proprio rappresentata dall'art. 36, par. 1, della direttiva 2009/73¹⁷⁵. Il principio di solidarietà in materia energetica, infatti, può essere invocato generalmente per questioni relative alla politica energetica europea e alla creazione e funzionamento del mercato interno del gas naturale.

Questione rilevante argomentata dalla Corte è relativa allo *scope* del principio di solidarietà energetica, questo andrebbe oltre la semplice sicurezza dell'approvvigionamento e ricomprenderebbe, piuttosto, un maggior campo

¹⁷¹ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, *Repubblica federale di Germania c. Polonia*, punto 41.

¹⁷² Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, dell'8 ottobre 2020, C-514/19, *Union des industries de la protection des plantes c. Premier ministre e a*, punto 49.

¹⁷³ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, *Repubblica federale di Germania c. Polonia*, punto 42.

¹⁷⁴ *Ivi*, punto 45.

¹⁷⁵ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, 2009/73/CE, art. 36, par. 1.

applicativo. La Corte smentisce ben presto il punto della Germania in merito alla sovrapposizione del principio di solidarietà energetica con le disposizioni all'art. 36 della direttiva del gas che recita:

“Nuove importanti infrastrutture del sistema del gas, vale a dire interconnettori, impianti di GNL e impianti di stoccaggio possono essere oggetto, su richiesta e per un periodo di tempo definito, di una deroga alle disposizioni degli articoli 9, 32, 33 e 34 e dell'articolo 41, paragrafi 6, 8 e 10 alle seguenti condizioni:
a) l'investimento deve rafforzare la concorrenza nella fornitura di gas e la sicurezza degli approvvigionamenti; [...]”¹⁷⁶.

La sicurezza degli approvvigionamenti non sarebbe, invece, che una delle possibili manifestazioni del principio di solidarietà energetica¹⁷⁷ che governa la totalità della politica energetica europea.

Ne deriva che la Commissione avrebbe dovuto prendere in considerazione il principio di solidarietà energetica all'art. 194 TFUE in combinata lettura con il principio di leale collaborazione all'art. 4, par. 3, TUE al fine di prendere una decisione basata sul sopraccitato art. 36, direttiva 2009/73/CE. Il primo motivo di impugnazione viene dunque respinto.

In riferimento al secondo motivo di impugnazione, la Repubblica federale di Germania sostiene che il principio di solidarietà energetica vada a costituire un meccanismo di emergenza, dunque applicabile solo in casi di assoluta eccezionalità¹⁷⁸. Questo assetto implicherebbe un dovere di assistenza incondizionata in capo agli Stati membri. Ciò, a parere della Repubblica federale di Germania, sarebbe perciò possibile solo in casi specifici al fine di evitare persistenti *empasse* nei processi decisionali dovuti alle divergenze e necessità di ogni singolo Stato membro.

Alla luce di una tale visione restrittiva del principio di solidarietà energetica, la Corte evidenzia il distinguo tra le disposizioni all'art. 194 TFUE e quelle presenti all'art. 222 TFUE.

All'art. 222 TFUE, infatti, la clausola di solidarietà indica la necessità per l'Unione e gli Stati membri di agire secondo uno spirito solidale dinanzi eventi quali attacchi terroristici, calamità naturali o causate dall'uomo¹⁷⁹.

L'art. 194, invece, rientra in un differente ambito, ovvero quello della creazione e funzionamento del mercato energetico. Va da sé che ciò non rientri nella definizione di “situazione emergenziale”, semmai risulta essere un meccanismo di prevenzione.

Per quanto riguarda il punto sollevato dalla Germania avuto riguardo l'impossibilità di applicazione del principio di solidarietà energetica in quanto impegno eccessivamente oneroso nella presa in considerazione di tutti gli interessi in causa, la Corte sostiene che il Tribunale, al punto 77 della sentenza in causa T-883/16, non ammette che “la politica dell'Unione in materia di energia

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, *Repubblica federale di Germania c. Polonia*, punto 47.

¹⁷⁸ *Ivi*, punto 56.

¹⁷⁹ *Ivi*, punto 68.

debba in alcun caso avere un impatto negativo sugli interessi particolari di uno Stato membro in tale settore”¹⁸⁰, ma che sia necessario procedere ad un bilanciamento degli interessi in ballo, tanto dell’Unione quanto dei singoli Stati membri.

Ne consegue che il secondo motivo di impugnazione venga alla stessa maniera respinto.

Nel terzo motivo di impugnazione, la Repubblica federale di Germania sostiene che la Commissione abbia tenuto da conto il principio di solidarietà energetica in occasione della decisione di estensione del regime di esenzione (COM(2016) 6950) final avente come oggetto il gasdotto OPAL. Ne deriverebbe che sarebbero stati di conseguenza valutati gli effetti di una siffatta decisione sul mercato del gas polacco.

La Corte afferma che alla luce dell’art. 256, par. 1, secondo comma, TFUE che recita: “[l]e decisioni emesse dal Tribunale ai sensi del presente paragrafo possono essere oggetto di impugnazione dinanzi alla Corte di giustizia per i soli motivi di diritto e alle condizioni ed entro i limiti previsti dallo statuto”, l’impugnazione riguardi, giacché non snaturate, delle questioni di fatto e non di diritto¹⁸¹. Nonostante la perentoria constatazione della Corte, questa entra nel merito della questione asserendo che la Commissione non avesse proceduto ad analizzare gli eventuali effetti di una revisione del regime d’esenzione al gasdotto OPAL sul trasporto di gas naturale per il tramite delle infrastrutture polacche. Non avendo proceduto a tali considerazioni, non è possibile che la Commissione abbia potuto, come necessario secondo il principio di solidarietà energetica, bilanciare gli interessi compresi e derivanti dalla decisione di esenzione come presa dalla Commissione.

Il terzo motivo di impugnazione viene anch’esso respinto.

Facendo, invece, riferimento al quarto motivo di impugnazione, esso riguarda l’assenza di un obbligo in capo alla Commissione di menzione del principio di solidarietà energetica nella propria decisione.

Come, però, indicato dal Tribunale ai punti 79 e 82 della sentenza impugnata, il principio di solidarietà mancava non solo di essere esplicitamente menzionato, ma anche di essere fattualmente tenuto da conto nel bilanciamento degli interessi, in particolare nei riguardi degli effetti sul mercato del gas polacco, nonché i restanti mercati energetici nazionali potenzialmente interessati dalla decisione¹⁸². Il motivo di impugnazione viene, dunque, presto rigettato dalla Corte.

Questo ci porta al giudizio relativo al quinto motivo di impugnazione, ovvero ad una eventuale violazione, da parte del Tribunale al punto 79 della sentenza impugnata, dell’art. 263, secondo comma, TFUE.

Il punto 79 così recita: “[...] non solo il principio di solidarietà non è menzionato nella decisione impugnata, ma quest’ultima non fa emergere che la Commissione abbia, di fatto, proceduto ad un esame di tale principio”¹⁸³. A parere

¹⁸⁰ Ivi, punto 73.

¹⁸¹ Ivi, punto 85.

¹⁸² Ivi, punto 97.

¹⁸³ Sentenza del Tribunale, causa T-883/16, punto 79.

della Repubblica federale di Germania, una decisione sostanzialmente esatta, ma formalmente illegittima, non dovrebbe essere annullata.

La Corte sottolinea, però, che l'annullamento della "decisione controversa" non sia avvenuto per difetto di motivazione, ma per una violazione del principio di solidarietà energetica. Questa conclusione rende il motivo di impugnazione inoperante¹⁸⁴.

Per quanto riguarda la seconda parte del quinto motivo di impugnazione, la Germania sostiene che il Tribunale fosse caduto in errore tenendo da conto le argomentazioni della Repubblica di Polonia riguardanti la violazione del principio di solidarietà energetica. Questo perché l'argomento risulterebbe essere tardivo a causa della presentazione dello stesso non nell'ambito di un ricorso contro la decisione C(2009)4694.

La Corte risponde constatando che la "decisione controversa" abbia comportato una revisione nei rispetti delle condizioni di deroga come accordate precedentemente (decisione C(2009) 4694), dunque che si tratti di due decisioni indipendenti¹⁸⁵. Ne deriva l'infondatezza del secondo punto del quinto motivo di impugnazione.

Alla luce del giudizio della Corte, le limitazioni in capo a Gazprom relative all'uso del gasdotto OPAL vengono confermate. Permane, dunque, un *capacity cap*, ovvero una restrizione del 50% sulla capacità di uscita di OPAL a Brandov. Questo implica che rimanga valida la possibilità per Gazprom di vedersi abolita l'esenzione in caso venissero offerti tre miliardi di metri cubi di gas al mercato in modo aperto, trasparente e non discriminatorio.

Per coloro che si sono persistentemente opposti alla diffusione del potere di Gazprom nel mercato del gas europeo (come Polonia e Ucraina), la sentenza costituisce una vittoria. Questa ha danneggiato, però, gli interessi delle parti russa e tedesca, tanto da diminuire l'utilizzo di Nord Stream 1 e rendere difficile l'implementazione di Nord Stream 2¹⁸⁶.

Considerando, in conclusione, le dichiarazioni della Corte di giustizia relative al principio di solidarietà energetica al di là delle questioni relative alla sicurezza dell'approvvigionamento, sembra essere necessario connotare il principio stesso affinché se ne possa comprendere l'applicazione. Questo aspetto assume rilevanza soprattutto alla luce delle rinnovate intenzioni dell'Unione europea, nello specifico successive all'invasione russa in Ucraina, in materia di transizione energetica. L'uso del principio di solidarietà energetica è necessario affinché gli obiettivi ambiziosi sottesi alla politica energetica europea possano essere efficientemente corroborati, nello specifico alla luce della ricerca di un equilibrio tra le esigenze dei singoli Stati membri considerando i diversi mix energetici dai quali gli stessi sono caratterizzati¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, *Repubblica federale di Germania c. Polonia*, punto 106.

¹⁸⁵ Ivi, punto 107.

¹⁸⁶ ŁOSKOT-STRACHOTA, FORMUSZEWICZ, KARDAŚ (2021: 2 ss.), reperibile *online*.

¹⁸⁷ IANOVENKO (2021: 38 ss.), reperibile *online*.

In un siffatto scenario, sarà necessario trovare una quadra tra i poteri delle istituzioni europee di adottare misure relative all'approvvigionamento energetico degli Stati membri come previsto dall'art. 192, par. 2, lett. c), TFUE e la possibilità di questi ultimi di scegliere la struttura generale dell'approvvigionamento, come previsto all'art. 194, par. 2, TFUE che recita:

“[f]atte salve le altre disposizioni dei trattati, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure necessarie per conseguire gli obiettivi di cui al paragrafo 1. [...]. Esse non incidono sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico, fatto salvo l'articolo 192, paragrafo 2, lettera c)”¹⁸⁸.

In conclusione, come precedentemente discusso, quello che risulta maggiormente interessante è comprendere come il principio di solidarietà energetica verrà applicato a diversi campi della politica energetica europea, in particolare rispetto alle priorità della Commissione von der Leyen inerenti la transizione energetica e il piano RePowerEU¹⁸⁹ particolarmente necessario all'accelerazione del *phase out* dai combustibili fossili russi nel breve periodo.

¹⁸⁸ Art. 194, par. 2, TFUE.

¹⁸⁹ Comunicazione stampa della Commissione europea, dell'8 marzo 2022, *REPowerEU: Joint European action for more affordable, secure and sustainable energy*.

Conclusioni

È molto più semplice discutere del principio di solidarietà energetica nella teoria che negli approcci pratici. Nonostante la presenza rilevante di tale principio all'interno dei Trattati, la sua implementazione risulta essere difficoltosa per l'assenza di una chiara connotazione e per le profonde diversità che sussistono tra i settori energetici degli Stati membri europei.

La disputa inerente la decisione di esenzione sul gasdotto *OPAL*, che ha come focus l'applicazione del principio di solidarietà energetica, ha sollevato numerosi interrogativi sulle modalità di bilanciamento degli interessi degli Stati membri coinvolti, in maniera ancor più specifica a causa del collegamento di *OPAL* con Nord Stream e le conseguenti relazioni con Russia e gas russo. Dato l'art. 194, par. 2, TFUE, gli Stati membri mantengono un'importante discrezionalità nella scelta delle fonti energetiche e nella struttura del proprio approvvigionamento, ciò rende l'applicazione del principio di solidarietà energetica controverso a causa dell'inconciliabilità degli obiettivi nazionali in materia energetica.

Uno degli aspetti più rilevanti sul principio di solidarietà energetica è stato sollevato dal Tribunale in causa T-883/16, ovvero la sua giuridicità che “comporta diritti e obblighi sia per l'Unione europea che per gli Stati membri”¹⁹⁰. Questo ha smentito la credenza per la quale il principio di solidarietà energetica costituisca un valore guida per il diritto derivato, come sostenuto dalla Repubblica federale di Germania. Sostenendone, al contrario, l'astrattezza e l'indeterminatezza, la Germania si era infatti rivolta alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Nella sua tanto attesa sentenza, la Corte ha confermato le parole del Tribunale, così come quelle dell'Avvocato generale, riconoscendo, per altro, sia l'applicazione orizzontale che verticale del principio. Alla luce di questa più ampia applicazione del principio di solidarietà energetica in ogni campo della politica energetica europea, sarà particolarmente interessante vedere come la Commissione presieduta da Ursula von der Leyen includerà nel computo delle sue valutazioni il principio di solidarietà energetica, in maniera specifica alla luce della necessità di diversificare gli approvvigionamenti per cessare le dinamiche di dipendenza dai combustibili fossili russi.

Se la questione è, per altro, quella di “esprimersi con una sola voce sull'energia e sul clima”¹⁹¹, ora più che mai è necessario istituire un fronte unico per rendere il mercato energetico europeo il più credibile e appetibile possibile ai nuovi possibili investitori e mercati esteri. L'invasione della Russia in Ucraina e il recente blocco delle forniture di gas a Polonia e Bulgaria da parte della

¹⁹⁰ Sentenza del Tribunale, causa T-883/16, punto 70.

¹⁹¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo, al Comitato delle Regioni e alla Banca Europea per gli Investimenti, del 25 febbraio 2015, COM(2015) 80 final, *Una strategia quadro per un'Unione dell'energia resiliente, corredata da una politica lungimirante in materia di cambiamenti climatici*, p. 24.

Russia mostrano, in materia energetica, quello che il premier polacco Mateusz Morawiecki ha definito come “un ulteriore passo dell’imperialismo del gas”. Al cessare dei rifornimenti nei due Stati membri ex del blocco sovietico si aggiunge la diminuzione della portata di gas che transita in Ucraina, tali misure intimoriscono Bruxelles in quanto questa “guerra del gas” potrebbe presto portare all’interruzione, parziale o totale, dei rifornimenti dalla Russia. Dovesse presentarsi un tale scenario nel breve periodo, gli Stati membri sarebbero costretti probabilmente a procedere a quello che viene definito come un “razionamento coordinato” basato sul principio di solidarietà energetica. Come presente in un comunicato stampa del 18 maggio della Commissione europea, in caso di interruzione totale dell’approvvigionamento del gas:

“[l]a Commissione agevolerà la messa a punto di un piano coordinato dell’UE di riduzione della domanda, con misure volontarie di riduzione preventiva da attivare in caso di emergenza. In uno spirito di solidarietà, gli Stati membri meno colpiti potrebbero ridurre la loro domanda di gas a vantaggio di quelli più colpiti”¹⁹².

Vi è una necessità, a livello europeo, di costruire dei rapporti più solidi con il proprio vicinato nei periodi di transizione ecologica, bisogna, dunque, attuare un cambio di rotta nell’atteggiamento adottato nei confronti di questi Paesi. Le politiche di estrazione e sviluppo degli investimenti in queste zone nel settore dei combustibili fossili, non esistendo una *spare capacity* che possa essere mobilitata in tempi rapidi, devono essere attuati in un quadro di certezza della domanda europea negli anni a venire. Questo è un primo impatto della geopolitica della crisi in Ucraina ed un’evoluzione imprevedibile, almeno fino a poco tempo fa, del coordinamento a livello europeo anche nelle relazioni esterne verso i Paesi terzi.

Questi eventi conducono ad una crescente consapevolezza relativa alla necessità di invertire le politiche dell’ultimo decennio per il tramite del piano RePowerEU. La guerra che si sta svolgendo alle porte dell’Unione europea e le sue conseguenze in materia energetica rendono manifesta la necessità di accelerare sulla transizione energetica. È importante sottolineare che l’Unione europea necessita di negoziare con terzi per garantirsi fonti di approvvigionamento nel breve periodo e future opportunità di investimento coerenti con i dettami del *Green Deal*, ma a questo deve essere accompagnata una politica estera di sicurezza, ovvero una capacità di proiezione dei propri interessi e dei propri valori per non ricadere in situazioni parallele a quelle instauratesi nei confronti della Russia.

¹⁹² Comunicato stampa della Commissione europea, del 18 maggio 2022, *Mercati dell’energia: la Commissione presenta misure di emergenza a breve termine e opzioni per miglioramenti a lungo termine*.

Bibliografia

ANDOURA, DELORS (2013), *Energy Solidarity in Europe: from Independence to Interdependence*, in *Notre Europe*, reperibile online.

BARRERA-HERNANDEZ, GUAYO, ROGGENKAMP, ZILLMAN (2012), *Energy Networks and the Law: Innovative Solutions in Changing Markets*, Oxford.

DIATHESSOPOULOS (2010), *European Energy Market After Deregulation: A Process of Limited Restructuring and the Role of the European Competition Law*, in *SSRN*, reperibile online.

DIMITROFF, TALUS (2019), *One for all and all for one? : the General Court ruling in the OPAL case*, in *Oil, gas & energy law intelligence*, reperibile online.

DRALLE (2018), *Ownership Unbundling and Related Measures in the EU Energy Sector: Foundations, the impact of WTO law and investment protection*, Dresden, V ed.

EROICO (2022), *Conflitto Russia-Ucraina: l'impatto sulle politiche energetiche in Europa e in Italia* in *BlogDUE*, reperibile online.

FLEMING (2019), *A legal perspective on gas solidarity*, in *Energy Policy*, p. 102 ss., reperibile online.

IANOVENKO (2021a), *A need for clarification of the energy solidarity principle: what can be learned from the General Court's judgment in the OPAL case?*, in *Journal of World Energy Law & Business*, p. 38 ss., reperibile online.

ID. (2021b), *Case C-848/19 P: Germany v Poland and its outcomes for EU energy sector: an extended case note on the European Court of Justice judgment in the OPAL case*, in *Journal of World Energy Law and Business*, reperibile online.

KELLER-NOELLET (2018), *The Solidarity Clause of the Lisbon Treaty's*, in *Think Global – Act European (TGAE)*, reperibile online.

LAMOUREUX (2021), *La politique de l'énergie : l'esprit de solidarité a-t-il été incarné?*, in BROSSET et al. (eds.), *Solidarité et droit de l'Union européenne, un principe à l'épreuve*, Aix-en-Provence, p. 111 ss.

LOCHNER, BOTHE (2007), *From Russia with Gas: an analysis of the Nord Stream pipeline's impact on the European Gas Transmission System with the Tiger-Model*, Köln.

ŁOSKOT-STRACHOTA, FORMUSZEWICZ, KARDAŚ (2021), *The dispute over Nord Stream 2: the stances and the outlook*, in *Centre for Eastern Studies*, reperibile online.

MOSCHETTA (2018), *Il ravvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno. Riflessioni sul sistema delle fonti alla luce dell'art. 114 TFUE*, Bari.

MUNARI (2006), *Il nuovo diritto dell'energia: il contesto comunitario e il ruolo degli organi europei*, in *Il diritto dell'Unione europea*, p. 892 ss.

PIRANI, STERN, YAFIMAVA (2009), *The Russo-Ukrainian gas dispute of January 2009: a comprehensive assessment*, in *Oxford Institute for Energy Studies*, p. 19 ss., reperibile online.

POLITI (1991), *Energia nel diritto comunitario*, in CELOTTO et al. (a cura di), *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, p. 3 ss.

RYS (2022), *The principle of energy solidarity clarified: A certain way to uncertainty*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, p. 149 ss., reperibile online.

STERN (2006), *Stern review: the economics of climate change*, Cambridge.

TOMASZEWSKI (2018), *Energy solidarity in the European Union in the context of the particular interests of the Member States*, in *Energy Policy Journal*, p. 5 ss., reperibile online.

VAN DER VIJVER (2012), *Third Party Access Exemption Policy in the EU Gas and Electricity Sectors: Finding the Right Balance between Competition and Investments*, in ROGGENKAMP et al. (eds.), *Energy Networks and the Law: Innovative Solutions in Changing Markets*, Oxford, p. 333 ss.

YAFIMAVA (2013), *The EU Third Package for Gas and the Gas Target Model: major contentious issues inside and outside the EU*, in *The Oxford Institute for Energy Studies*, p. 21 ss., reperibile online.

YAFIMAVA (2017), *The OPAL Exemption Decision: past, present, and future*, in *The Oxford Institute for Energy Studies*, reperibile online.

Summary

In recent years, the principle of energy solidarity seems to be tangible on the European scene to the extent that it has been elevated to a fundamental principle. Experienced progress towards a common energy policy is not, however, sufficient. Nationalist instincts in this regard are of particular concern in today's scenario where unilateral approaches can damage the credibility of the functioning of the single market. Denial of or blindness to the interdependence that the EU experiences in energy matters can lead to unsustainable costs and extremely unstable long-term partnerships, as has been the case with Russia so far. The European Union needs an energy market that is based on the unifying principle of solidarity, hence dynamics of balancing State interests with a view to a generalised welfare that unites and not separates the Member States, especially in times of crisis and a possible supply cut-off by Russia.

Today, there are three dilemmas: the first relates to energy security and the need to change what is an instrument that responds to the need for ecological transition, the Green Deal, into an energy security instrument that responds to the need for European autonomy in this field.

The second dilemma relates to timing: the European Union is caught between the rapid need for diversification of supply, dictated by the topicality of the continuing conflict, and the desire to establish long-term partnerships according to specific criteria and at the same time promote ecological transition. The third dilemma concerns understanding the evolution of the international system. Will this be a system based on interdependence or independence?

Against this backdrop, the principle of energy solidarity, in light of Russia's cut-off of gas supplies to Poland, Bulgaria and Finland, is more relevant than ever. Should a scenario of total disruption of supplies arise, Member States would probably be forced to proceed with what is described as "coordinated rationing" based on the principle of energy solidarity. As stated in a press release of 18 May by the European Commission, in the event of a total disruption of gas supply, the less affected Member States would have the duty, in a spirit of solidarity, to reduce their gas demand for the benefit of the more affected states.

In order to understand the nature of the principle of energy solidarity, this dissertation explores the position taken by the Court of Justice in this regard in case C-848/19 P: *Federal Republic of Germany v. Poland*. This required the Court to rule on the status of the principle of energy solidarity as a justiciable principle of EU primary law, as stated by the General Court in case T-883/16. Another question was how broad the scope of the energy solidarity obligation should be and whether the Court of Justice could provide more detail than the particularly broad scenario envisaged by the General Court and the Opinion of Advocate General Sánchez-Bordona of 18 March 2021. One of the most relevant aspects on the principle of energy solidarity was raised by the General

Court in Case T-883/16, namely its justiciability, which “entails rights and obligations for both the European Union and the Member States”. This belied the belief that the principle of energy solidarity is a guiding value for secondary legislation, as argued by the Federal Republic of Germany. Claiming, on the contrary, its abstractness and vagueness, Germany turned to the Court of Justice of the European Union. In its long-awaited judgment, the Court upheld the words of the General Court, as well as those of the Advocate General, recognising, moreover, both the horizontal and vertical application of the principle. In light of this broader application of the principle of energy solidarity in every field of European energy policy, it will be particularly interesting to see how the Commission chaired by Ursula von der Leyen will include the principle of energy solidarity in its assessments, specifically in light of the need to diversify supplies in order to end the dynamics of dependence on Russian fossil fuels.