

SIDE Working Papers

First Annual Conference 2005

Giuseppe Bellantuono

Contratti e Regolazione nel Settore Elettrico

Società Italiana di Diritto ed Economia
Italian Society of Law and Economics

Contratti e regolazione nel settore elettrico

Giuseppe Bellantuono

Università di Trento

bellantuono@jus.unitn.it

Società italiana di Diritto ed Economia

Prima conferenza annuale

Siena, 25-27 novembre 2005

ABSTRACT

Legal and economic literature has explored the relationship between contracts and regulation from various perspectives. In this paper I focus on the contracts that link the segments of the electricity chain in liberalized industries. These contracts are obviously the subject of regulatory measures, but the interesting question is how and when they are regulated. Starting from a neoinstitutional framework, I compare the institutional solutions that Italy and the UK chose for their electricity systems. The main result of such comparison is that the respective legal traditions pushed the two countries along different trajectories. While the UK tried to build a self-containing regulatory system fully segregated from other branches of the legal system, Italy replicated in the regulatory field its well-established administrative law tools. Thanks to the mechanism of licences, the British regulatory system has been moderately successful in managing the contracts/regulation interface. On the other hand, the Italian regulatory system has not been able to lower the costs of coordinating electricity firms and their clients. It is argued that introducing models of co-regulation could lead to a more balanced and efficient redistribution of tasks between regulation and private law.

1. Introduzione

Questo lavoro analizza il rapporto fra diritto dei contratti e regolazione nel settore elettrico. La letteratura economica e giuridica ha dedicato ampio spazio alla relazione verticale fra regolatore e imprese regolate. Decisamente meno esplorate, invece, sono le relazioni orizzontali e verticali fra imprese e fra queste ultime e gli utenti. Per diversi motivi, un'analisi più approfondita di tale aspetto appare in grado di arricchire il dibattito sulla regolazione.

In primo luogo, negli ultimi trent'anni l'analisi giureconomica sul contratto ha mostrato che gli incentivi trasmessi da regole statali e non statali svolgono un ruolo cruciale nel garantire l'allocazione ottimale dei rischi ed un adeguato livello di investimenti da parte dei contraenti. È del tutto evidente che i medesimi problemi devono essere affrontati nelle relazioni contrattuali dei settori regolati. Occorre, però, domandarsi se la presenza di un'autorità indipendente dotata di poteri normativi, di controllo e di risoluzione delle controversie produca una trasformazione degli effetti e dell'interpretazione delle regole privatistiche. In termini del tutto simmetrici, queste ultime potrebbero a loro volta determinare modificazioni o adattamenti della regolazione. I rapporti fra i due corpi normativi possono collocarsi su uno spettro piuttosto ampio, ai cui estremi troviamo le situazioni di perfetto coordinamento e di totale contrasto fra i rispettivi obiettivi.

In secondo luogo, analizzare le combinazioni fra diritto dei contratti e regolazione permette di sottrarsi al rischio di formulare descrizioni semplicistiche dei processi di liberalizzazione. Se lo smantellamento dei monopoli elettrici appare un obiettivo comune a numerosi paesi, non è affatto chiaro se l'esito finale sia la costruzione di mercati perfettamente omogenei sul piano istituzionale. Spesso organizzazioni internazionali come l'OECD e la World Bank forniscono liste di requisiti che sarebbero necessari per garantire un adeguato livello di concorrenza. Tuttavia, tali prescrizioni sono inutilizzabili, o addirittura fuorvianti, se non collegate ad un'approfondita analisi del contesto istituzionale in cui sono destinate ad operare. Limitarsi a constatare che due sistemi giuridici prevedono un regolatore indipendente e ricorrono al metodo del price-cap non consente di trarre conclusioni sul grado di affinità dei rispettivi modelli di regolazione. Viceversa, l'analisi delle relazioni contrattuali permette di avvicinarsi alle reali modalità di funzionamento dei mercati dell'energia.

La prospettiva suggerita in questo lavoro coincide solo in parte con gli orientamenti dominanti nella letteratura economica e giuridica. Significativi punti di contatto sono riconoscibili nell'approccio neoistituzionalista. Il tentativo di identificare la struttura di governo che garantisce la riduzione dei costi transattivi rappresenta un buon punto di partenza per la ricerca dei fattori istituzionali che influenzano la scelta fra regolazione e diritto privato. Occorre, peraltro, rilevare che, non diversamente dal resto della letteratura economica, anche l'approccio neoistituzionalista si preoccupa soprattutto del rapporto fra regolatore e regolati. Si consideri, ad esempio, l'analogia fra relazioni contrattuali di lungo periodo e concessioni amministrative da un lato, regolazione e integrazione verticale dall'altro.¹ Entrambi gli strumenti sono possibili risposte

¹ V. la rassegna di K.J. CROCKER e S.C. MASTEN, *Regulation and Administered Contracts Revisited: Lessons from Transaction-Cost Economics for PublicUtility Regulation*, 8 *J. Reg. Econ.* 5 (1996). V., inoltre, J.-M. GLACHANT, *Why Regulate Deregulated Network Industries ?*, 3 *J. Network Ind.* 297 (2002); S.A. SHAPIRO, *Outsourcing*

al problema degli investimenti specifici e dell'opportunità. L'analisi, però, è condotta con riferimento al rapporto fra regolatore e soggetti regolati e riguarda solo indirettamente il comportamento di questi ultimi nei confronti di altre imprese e degli utenti. Tale prospettiva è ancor più evidente allorché si propone di attribuire alla regolazione il ruolo di accordo vincolante che lo Stato sottoscrive per rendere credibile la promessa di non espropriare gli investimenti specifici delle imprese regolate.²

La letteratura giuridica sembra prevalentemente preoccupata di misurare la tenuta di alcune categorie tradizionali di fronte all'affermazione delle autorità indipendenti. Se i privatisti concentrano l'attenzione sulle trasformazioni dell'autonomia privata, gli amministrativisti si chiedono quale nozione di servizio pubblico sia coerente con l'evoluzione prodotta dai processi di liberalizzazione. Benché si tratti di riflessioni che aiutano a cogliere aspetti importanti dei cambiamenti in atto, è raro che i due gruppi disciplinari incrocino le loro riflessioni sul tema. Tale separazione rischia di offrire una descrizione parziale dell'attività dei regolatori. Parlare di limitazioni dell'autonomia privata o di restrizioni della nozione di servizio pubblico può fornire una prima descrizione dei cambiamenti in atto, ma non aiuta a stabilire come si distribuiscano i compiti di regolazione all'interno di un determinato sistema giuridico.

Nelle pagine che seguono le forme di intervento sulle relazioni contrattuali del settore elettrico saranno analizzate partendo dalle esperienze britannica ed italiana. La prima è generalmente considerata la principale fonte di ispirazione della legislazione comunitaria in materia di energia. Vale la pena, quindi, verificare se la sua influenza sia limitata solo agli obiettivi generali della liberalizzazione o si estenda anche a più specifiche soluzioni istituzionali. Inoltre, il Regno Unito è uno dei principali esponenti di una tradizione giuridica che presenta marcate differenze rispetto alle tradizioni dell'Europa continentale, tanto sul versante del diritto privato che del diritto amministrativo. Questo fattore può spiegare alcune delle più importanti caratteristiche della regolazione britannica. È possibile, infine, attingere alla letteratura neoistituzionalista che ha analizzato gli effetti di incentivo delle soluzioni istituzionali adottate nel Regno Unito.

Il confronto con l'esperienza britannica consente di formulare alcune osservazioni sulla regolazione italiana. A differenza di quanto si registra oltremarina, nel nostro paese è decisamente meno definita la linea che separa i campi d'azione del diritto privato e della

Government Regulation, 53 *Duke L. J.* 389 (2003). Con specifico riferimento al settore elettrico v. P.L. JOSKOW, *Electricity Sector Restructuring and Competition: A Transaction-Cost Approach*, in E. BROUSSEAU e J.-M. GLACHANT (a cura di), *The Economics of Contracts*, Cambridge Up, 2002, 503.

² P.T. SPILLER e M. TOMMASI, *The Institutions of Regulation. An Application to Public Utilities*, in C. MÉNARD e M.M. SHIRLEY (a cura di), *Handbook of New Institutional Economics*, Springer, 2005, 515.

disciplina di settore. Come vedremo, la mancanza di coordinamento rischia di creare disfunzioni significative per i mercati dell'energia.

2. Il modello originario di regolazione nel Regno Unito

L'Electricity Act 1989 (EAct89) rifletteva pienamente l'approccio alla regolazione che ispirò le politiche di liberalizzazione dei conservatori britannici negli anni ottanta. Non diversamente da quanto già avvenuto nei settori delle telecomunicazioni e del gas, anche per l'elettricità si decise di puntare su forme di regolazione 'leggera'. Il principale strumento di intervento era stato individuato nel controllo dei prezzi attraverso il meccanismo del price cap. Tuttavia, la sua attuazione non era affidata alle decisioni unilaterali del regolatore, ma richiedeva l'avvio del procedimento di modifica delle licenze rilasciate agli operatori. Come vedremo fra un momento, tale procedimento rappresenta lo snodo cruciale nel modello originario di regolazione britannica.

Altri elementi confermavano che la regolazione era considerata un fenomeno transitorio, destinato a scomparire nel momento in cui fosse stata completata la liberalizzazione dei mercati elettrici. Le indicazioni sul contenuto delle licenze per le diverse categorie di operatori erano estremamente vaghe. Nessun particolare vincolo procedurale, sul piano della trasparenza o dell'obbligo di motivazione, era imposto al regolatore. Sulla scia di una consolidata tradizione dell'amministrazione britannica, si riteneva che i rapporti con le imprese regolate dovessero essere affidati ad una negoziazione informale, nella quale la discrezionalità del Director General era pressoché illimitata. Da tale impostazione discendeva la sostanziale impossibilità di fare ricorso al controllo giurisdizionale sulle decisioni del regolatore. Si trattava, d'altra parte, di una scelta consapevole. La via britannica alla liberalizzazione avrebbe dovuto evitare gli inconvenienti imputati al modello americano, e cioè l'eccessiva proceduralizzazione ed il costante coinvolgimento delle corti.³

Al di là delle opzioni ideologiche dei governi conservatori, non è difficile rilevare che l'impianto originario della regolazione era coerente con le caratteristiche dominanti del diritto amministrativo britannico. L'assenza di una disciplina generale del procedimento amministrativo spiega perché non siano stati imposti vincoli procedurali ai regolatori. Altrettanto significativa era l'assenza di una nozione generale di pubblico servizio.⁴ Mentre i paesi dell'Europa continentale

³ Sull'esplicito rifiuto dello stile americano di regolazione v. , ad es., A. YOUNG, *The Politics of Regulation. Privatized Utilities in Britain*, Palgrave, 2001, 16: "avoidance of problems experienced on the other side of the Atlantic is an important leitmotiv in the story of how the British regulatory system was designed."

⁴ V., in proposito, J. BELL e T.P. KENNEDY, *La notion de service public au Royaume-Uni et en Irlande*, in F. MODERNE (a cura di), *L'idée de service public dans le droit des États de L'Union Européenne*, l'Harmattan, 2001,

hanno utilizzato tale nozione per definire forme e obiettivi della regolazione, il testo originario dell'Electricity Act non presenta alcun tentativo di differenziare la fornitura di energia elettrica da qualsiasi altra attività commerciale.

Sembra, quindi, che il principale problema del legislatore britannico fosse la mancanza di strumenti giuridici in grado di coniugare due obiettivi: da un lato assicurare il controllo delle imprese elettriche privatizzate, dall'altro circoscrivere la discrezionalità del regolatore. Si noti che in Italia l'ampio ricorso a strumenti di diritto amministrativo da parte delle autorità di settore ha reso meno evidente la cesura fra gestione dei monopoli pubblici e gestione dei mercati liberalizzati. Nel Regno Unito, invece, la risposta fu individuata nell'obbligo di licenza, rilasciata dal ministero competente, per tutti gli operatori della filiera elettrica.

Si trattò in un certo senso di un ritorno al passato: è possibile, infatti, notare alcune affinità con i franchise contracts, utilizzati per le ferrovie e le imprese elettriche prima della nazionalizzazione.⁵ Gli aspetti che meritano particolare attenzione sono la lunga durata delle licenze (sec. 6(6) EAct89), nonché l'indeterminatezza degli obblighi che potevano essere inseriti. Fra questi, la sec. 7(2) menziona espressamente la possibilità di imporre la conclusione di contratti (insieme alle relative clausole) per l'utilizzazione di linee elettriche e di impianti del titolare della licenza. Si noti, peraltro, che l'unico strumento sanzionatorio a disposizione del Director General of Electricity Supply (DGES) in caso di violazione della licenza era l'emissione di ordini che imponevano al titolare di cessare il comportamento vietato. Il mancato rispetto di tali ordini costringeva il regolatore ad avviare un procedimento civile dinanzi alla High Court, ma la sec. 27(7) non menzionava espressamente la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni.⁶

L'aspetto che appare più distante dal sistema italiano di regolazione è il procedimento di modifica delle licenze. Per espressa previsione della sec. 11(1) EAct89, qualsiasi modifica richiede il consenso del titolare.⁷ Tale requisito sembrerebbe accentuare la natura contrattuale della relazione fra regolatore e regolato. Tuttavia, una valutazione complessiva del procedimento permette di constatare il ruolo cruciale dei poteri di intervento attribuiti al ministro e alla Merger

225. Della nascita di un diritto britannico dei servizi pubblici in seguito alle riforme della regolazione parla T. PROSSER, *Public Service Law: Privatization's Unexpected Offspring*, 63 (4) *L. and Cont. Probs.* 63 (2000). Dello stesso autore v. anche *The Limits of Competition Law: Markets and Public Services*, Oxford UP, 2005.

⁵ Rispetto all'esperienza storica dei franchise contracts, le principali differenze del nuovo regime sono ravvisabili nella presenza di un regolatore di settore e di un procedimento di revisione dei prezzi e delle altre condizioni stabilite nelle licenze. V., in proposito, J. STERN, *Regulation and Contracts for Utility Services: Substitutes or Complements? Lessons From UK Railway and Electricity History*, 6(4) *Policy Reform* 193 (2003).

⁶ La possibilità di irrogare sanzioni pecuniarie non superiori al 10% del fatturato del titolare è stata introdotta dalla sec. 59 Utilities Act 2000. V. anche lo Statutory Instrument 2002 No. 1111.

⁷ La sec. 7(5) e (6) sembrerebbe lasciare aperta la possibilità di introdurre direttamente nelle licenze meccanismi di modifica differenti da quelli illustrati nel testo. È probabile, però, che si tratti di un'alternativa circoscritta a modifiche minori.

and Competition Commission (MCC). In mancanza del consenso del titolare, il DGES può richiedere alla MCC di verificare se la mancata modifica avrebbe conseguenze negative per il pubblico interesse (sec. 12 EAct89). Il significato di quest'ultima nozione deve essere determinato con riferimento agli obiettivi generali della regolazione stabiliti dalla sec. 3 EAct89. Qualora sia riscontrata una situazione contraria al pubblico interesse, il DGES può decidere di modificare la licenza senza il consenso del titolare.

L'Electricity Act conferisce al ministro un duplice potere di veto. Questi, infatti, può bloccare sia la proposta di modifica del regolatore [sec. 11(4)], sia la richiesta di intervento della MCC [sec. 12(5)]. Il primo caso si riferisce alle situazioni in cui il titolare della licenza è favorevole alla modifica. L'intervento del ministro dovrebbe servire ad evitare collusioni fra regolatore e regolato. Il secondo caso, invece, si riferisce alle modifiche che il regolatore vorrebbe attuare senza il consenso del titolare. Il ministro potrebbe bloccarle qualora ritenga che pregiudichino la sicurezza del sistema elettrico.

Questa rapida descrizione del procedimento di modifica delle licenze mostra che il sistema britannico di regolazione ha cercato di conciliare due esigenze contrapposte: da un lato assicurare la stabilità del quadro istituzionale, dall'altro conservare spazi di flessibilità per adattare le regole in presenza di cambiamenti tecnologici o di distorsioni della concorrenza.⁸ Non è chiaro, peraltro, se il modello originario abbia offerto una risposta soddisfacente ad entrambe le esigenze.

Secondo una lettura neoistituzionalista, il meccanismo delle licenze avrebbe garantito stabilità vincolando sia il regolatore che il governo. Il primo avrebbe dovuto procurarsi l'appoggio del ministro e della MCC per modificare il contenuto delle licenze contro la volontà del titolare. Il potere politico, a sua volta, avrebbe potuto introdurre radicali cambiamenti solo attraverso lo strumento legislativo. Il vantaggio principale del modello britannico sarebbe rintracciabile nella riduzione del rischio di espropriazione degli investimenti privati, che potrebbe verificarsi nel caso di cambiamento degli orientamenti del regolatore o della maggioranza politica.⁹

A tale ricostruzione si potrebbe obiettare che i vincoli imposti all'intervento statale hanno limitato la capacità di contrastare gli abusi del potere di mercato. Come vedremo, la volontà di rafforzare tale capacità è stata la causa principale dell'allontanamento dal modello originario di regolazione.

⁸ V., in questo senso, NEWBERY, *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, MIT Pr., 1999, 59.

⁹ V. P.T. SPILLER e I. VOGELSANG, *The United Kingdom: A Pacesetter in Regulatory Incentives*, in B. LEVY e P.T. SPILLER, *Regulations, Institutions, and Commitment. Comparative Studies of Telecommunications*, Cambridge UP, 1996, 79, con riferimento al sistema di regolazione introdotto dal Telecommunications Act 1984, sostanzialmente analogo a quello dell'EAct89. V. anche P.T. SPILLER e M. TOMMASI, *The Institutions of Regulation* cit, 535ss..

In termini più generali, si potrebbe dubitare che i poteri attribuiti al ministro e alla MCC abbiano agito da freno alle iniziative del regolatore. Un intervento del potere politico appare plausibile solo per le questioni su cui si registra un'elevata sensibilità dell'opinione pubblica. Inoltre, il regolatore dispone di un evidente vantaggio informativo. È prevedibile, quindi, che l'esercizio dei poteri di veto da parte del ministro sia del tutto eccezionale e riguardi solo una parte limitata dell'attività del regolatore. Quanto alla MCC, non è chiaro se il suo coinvolgimento sia più costoso per il regolatore o per le imprese. Qualora ottenga una decisione sfavorevole, il DGES disporrà di minore capacità di pressione nelle future negoziazioni. D'altra parte, il ricorso alla MCC sembra in grado di produrre conseguenze decisamente più serie per le imprese. Oltre ai costi del procedimento, occorre considerare le oscillazioni negative del valore delle azioni prodotte dall'incertezza sul suo esito.

Ulteriori indicazioni sulla reale portata dei vincoli alla discrezionalità del regolatore si ricavano dall'analisi delle forme del controllo giurisdizionale. Le decisioni del DGES e della MCC sono impugnabili con la procedura del judicial review dinanzi alla High Court e, in secondo grado, alla Appeal Court. Si tratta, peraltro, di un controllo che non si estende al merito delle scelte compiute dai regolatori, ma si limita a verificare che la legislazione da cui derivano i loro poteri sia stata correttamente interpretata, che non ci siano aspetti di irragionevolezza nelle decisioni e sia stata seguita una procedura appropriata. Benché il numero di controversie sottoposte a judicial review sia aumentato negli ultimi anni, il controllo giurisdizionale sui regolatori è tuttora circoscritto.¹⁰

Tale constatazione può essere utilizzata a supporto della tesi che sottolinea la stabilità della relazione contrattuale basata sulle licenze. I limitati poteri di intervento delle corti escluderebbero il rischio che l'accordo fra regolatori e titolari sia rimesso in discussione. Ugualmente plausibile, peraltro, è una lettura di segno opposto. Se si accetta l'ipotesi che l'intervento del ministro e della MCC abbia carattere eccezionale, l'assenza di un effettivo controllo giurisdizionale sul merito potrebbe indicare che nel modello originario i margini di discrezionalità del regolatore erano piuttosto ampi.

3. Il nuovo modello di regolazione nel Regno Unito

¹⁰ V., in proposito, C. SCOTT, *The Juridification of Relations in the UK Utilities Sector*, in J. BLACK e al., (a cura di), *Commercial Regulation & Judicial Review*, Hart Pub., 1998, 19; M. HARKER, *UK Utility Regulation: Licences, Commitment and Judicial Review*, 76(1) *Annals of Pub. and Coop. Econ.* 5 (2005); T. PROSSER, *The Powers and Accountability of Agencies and Regulators*, in D. FELDMAN (a cura di), *English Public Law*, Oxford UP, 2004, 296ss., 319.

Alla fine degli anni novanta il nuovo governo laburista avviò un processo di sostanziale revisione del modello originario. L'EAct89 è stato ampiamente modificato dall'Utilities Act 2000 (UAct00) e dall'Energy Act 2004 (EAct04). Le riforme mirano a rafforzare la concorrenza ma, nello stesso tempo, indicano come prioritario l'obiettivo di tutelare gli interessi dei consumatori. Un rilievo sconosciuto al modello originario assumono anche altri obiettivi di natura sociale ed ambientale nonché, con l'EAct04, la sicurezza dell'approvvigionamento energetico.

Il rafforzamento della concorrenza è perseguito sia attraverso riforme strutturali del sistema elettrico che degli strumenti di regolazione. Quanto alle prime, la novità più significativa è l'abbandono della borsa elettrica obbligatoria, che si era dimostrata facilmente manipolabile dai produttori, e la sua sostituzione con una borsa facoltativa che svolge solo la funzione di meccanismo di bilanciamento (New Electricity Trading Agreement o NETA).¹¹ A partire dal 2005, tale meccanismo è stato esteso alla Scozia con il nome di British Electricity Trading and Transmission Agreement o BETTA.¹²

Sul versante degli strumenti di regolazione, occorre registrare innanzitutto l'eliminazione dei Directors General per i settori del gas e dell'elettricità e la loro sostituzione con un'unica autorità a carattere collegiale, la Gas and Electricity Markets Authority o GEMA.¹³ L'eliminazione dei regolatori monocratici è avvenuta anche in altri settori e segnala chiaramente la volontà di non legare le politiche di intervento alla discrezionalità e alle competenze di un singolo. Il tentativo di rendere più controllabili le scelte del regolatore è confermato dall'inserimento di vincoli procedurali estremamente dettagliati per le decisioni di maggior rilievo.

Due novità riguardano il meccanismo delle licenze. In primo luogo, seguendo l'esempio del Gas Act 1986, si introduce nel settore elettrico il potere del ministro di definire condizioni standard applicabili a ciascuna categoria di licenze (sec. 33 UAct00). Tali condizioni si aggiungono a quelle che il regolatore può decidere di inserire nel momento in cui concede una

¹¹ V., in proposito, R. GREEN, *Restructuring the Electricity Industry in England and Wales*, in J.M. GRIFFIN e S.L. PULLER (a cura di), *Electricity Deregulation. Choices and Challenges*, U. Chicago Pr., 2005, 98; OECD, *Regulatory Reform in Gas and Electricity and the Professions*, OECD Reviews of Regulatory Reform – Regulatory Reform in the United Kingdom, 2002 (www.oecd.org).

¹² Il passaggio ad una gestione unificata della trasmissione ha già sollevato un contenzioso fra i produttori scozzesi e il gestore di rete britannico in materia di tariffe di trasporto. La High Court ha concesso la judicial review, ma ha giudicato infondate le critiche rivolte alla metodologia proposta dal gestore di rete e approvata dal regolatore. V. Queen's Bench Division (Administrative Court), on the application of Scottish Power Energy Management Ltd v Gas and Electricity Markets Authority, [2005] All ER (D) 348 (Oct) (Approved judgment).

¹³ Alla GEMA spetta il compito di prendere le decisioni di maggior rilievo. Un ruolo di supporto svolge, invece, l'Office of Gas and Electricity Markets (Ofgem). Nel testo ci atterremo alla prassi di utilizzare quest'ultima sigla per indicare il regolatore di settore.

specifica licenza.¹⁴ Al regolatore è affidato anche il potere di modificare le condizioni standard. Le ipotesi disciplinate sono tre:

- a) modifica (o mancato inserimento) delle condizioni standard nel momento in cui si concede una specifica licenza [sec. 33(3)-(8) UAct00]. In questo caso il ministro dispone di un potere di veto. Inoltre, la modifica è ammessa solo se non comporta svantaggi concorrenziali per il titolare della licenza o per altri titolari dello stesso tipo di licenze.
- b) modifica di una condizione standard contenuta in una specifica licenza già concessa (sec. 34 UAct00). In questo caso occorre il consenso del titolare e l'assenza di svantaggi concorrenziali. È confermato il potere di veto del ministro già previsto dall'EAct89.
- c) modifica di condizioni standard per tutte le licenze appartenenti ad una determinata categoria (sec. 35). In questo caso la modifica può essere bloccata sia dal ministro che dall'opposizione di una minoranza di titolari.¹⁵

La seconda novità riguarda i poteri della Competition Commission (CC, istituita dal Competition Act 1998 e subentrata alla MCC dall'aprile 1999) in caso di ricorso relativo alla modifica delle licenze. La sec. 39 UAct00 prevede che la CC possa opporsi alle modifiche decise dal regolatore ed emettere una decisione sostitutiva. Tale disposizione recepisce un orientamento giurisprudenziale che aveva ritenuto vincolanti per il regolatore le valutazioni espresse dalla CC nel corso del procedimento di modifica delle licenze.¹⁶

Entrambe le innovazioni sembrerebbero ridurre gli spazi di intervento del regolatore. Se la maggior parte delle condizioni sono stabilite direttamente dal ministro e sono difficilmente modificabili, la capacità di OFGEM di influenzare i comportamenti delle imprese regolate appare oggi decisamente più limitata. Una conferma in tal senso si ricava dalle disposizioni relative ad

¹⁴ Le condizioni standard sono suddivise in gruppi. Alcune sono applicabili a tutti i tipi di licenze, altre solo ad alcuni tipi di licenza, solo agli utenti domestici o agli operatori dominanti. V., in proposito, G. SIMMONDS, *Regulation of the UK Electricity Industry – 2002 Edition*, Centre for the Study of Regulated Industries (<http://www.bath.ac.uk/csi/index.html>).

¹⁵ La modifica collettiva non può essere realizzata se la percentuale di titolari che si oppone supera il 20% o se supera tale percentuale moltiplicata per un fattore che tiene conto della quota di mercato. V. lo Statutory Instrument 2003 No. 1746.

¹⁶ *re Northern Ireland Electricity plc's Application for Judicial Review*, [1998] NI 300, Court of Appeal, commentata da A. MCHARG in 10(4) *Utilities L. Rev.* 164 (1999) e da HARKER, *UK Utility Regulation cit.*, 23s.. Per una valutazione dall'interno del ruolo della CC v. P.A. GEROSKI, *Appealing to the UK Competition Commission*, 12 *Utilities Pol.* 77 (2004).

una nuova procedura di appello alla CC introdotta dalle sec. 173ss. dell'EAct04.¹⁷ Sia nel settore dell'elettricità che del gas gli operatori hanno elaborato una serie di codici di autoregolazione relativi all'accesso alle reti, al funzionamento della borsa elettrica e alle misure di sicurezza. Le modifiche a tali codici sono proposte dagli operatori ad un apposito panel. Quest'ultimo elabora una raccomandazione e la sottopone ad OFGEM. Prima dell'EAct04, l'accettazione o il rifiuto della modifica da parte di OFGEM erano impugnabili solo con la procedura della judicial review. La nuova procedura di ricorso, invece, permette alla CC di rivalutare nel merito la decisione di OFGEM e di emettere una decisione entro tre mesi.

Non diversamente dal modello originario, anche il nuovo modello si presta a letture contrastanti. Secondo l'approccio neoistituzionalista, il governo laburista avrebbe salvaguardato la stabilità del settore dell'energia coinvolgendo gli operatori nel processo di riforma. A supporto di tale interpretazione si osserva che il governo non si è avvalso dei poteri concessi dall'UAct00 per definire il nuovo assetto della borsa elettrica, ma ha lasciato che le caratteristiche del NETA fossero concordate attraverso un'ampia consultazione con tutte le parti interessate.¹⁸

È possibile, d'altra parte, rilevare che le riforme dei primi anni 2000 estendono i poteri di intervento del ministro, subordinano l'obiettivo della concorrenza alla tutela dei consumatori, assegnano alla regolazione nuovi compiti e rafforzano i poteri della CC. Queste innovazioni istituzionali sembrerebbero indicare che il regolatore non è più in grado (se mai lo è stato) di svolgere il ruolo di baluardo contro l'interferenza del potere politico.¹⁹ Lo stesso meccanismo delle licenze appare sempre meno uno strumento in grado di limitare l'intervento statale. Le condizioni standard assumono piuttosto il significato di regolamenti generali per l'intero settore. Le procedure di modifica collettiva indicano che il Regno Unito non ha del tutto abbandonato il modello originario della regolazione negoziata, ma ha trasformato le negoziazioni bilaterali in negoziazioni multilaterali.²⁰

4. Contratti regolati e common law: sfere separate ?

¹⁷ V. anche la Schedule 22 dell'Energy Act 2004 e lo Statutory Instrument 2005 n. 1646. Nel luglio 2005 la CC ha pubblicato le Energy Code Modification Rules e la Guide to Appeals in Energy Code Modification Cases (www.competition.commission.org.uk).

¹⁸ V. G.L.F. HOLBURN e P.T. SPILLER, *Institutional or Structural: Lessons From International Electricity Sector Reforms*, in BROUSSEAU e GLACHANT (a cura di), *The Economics of Contracts* cit., 463, 481s..

¹⁹ Secondo J. BOWER, *Why OFGEM ?*, Oxford Institute for Energy Studies, August 2003 (www.oxfordenergy.org), in seguito all'UAct00 il regolatore elettrico sarebbe passato sotto il diretto controllo del DTI.

²⁰ V., in questo senso, T. PROSSER, *Regulatory Contracts and Stakeholder Regulation*, 76(1) *Ann. Pub. and Coop. Econ.* 35, 49 (2005): "(w)e can see, then, a change in the legal model here. Initially it was a simple one with regulation envisaged as a fairly straightforward relationship between regulator and dominant firm. It has now moved closer to a stakeholder model in which the regulatory authority is at the centre of a range of interests which must be balanced against each other."

Nel passaggio dal vecchio al nuovo modello di regolazione è possibile rilevare un elemento di continuità. Il legislatore britannico sembra aver perseguito consapevolmente una politica di isolamento e di autosufficienza del sistema di regolazione. Sia la produzione di regole che la risoluzione delle controversie sono affidate esclusivamente ai soggetti investiti di competenze specifiche. Segni evidenti di tale orientamento sono la preferenza accordata alle procedure speciali di appello, il rifiuto di estendere al merito il controllo giurisdizionale, l'attribuzione di poteri concorrenti di applicazione della legislazione antitrust e del diritto dei consumatori al regolatore di settore.²¹

Le conseguenze di tale approccio sui rapporti fra contratti e regolazione sono evidenti. Laddove fosse coerentemente applicato, sarebbe preclusa la possibilità di utilizzare il diritto comune dei contratti. Dalle licenze non deriverebbero diritti per coloro che stipulano contratti con i titolari, ma solo doveri la cui violazione potrebbe essere fatta valere con le procedure di reclamo previste dal regolatore o nei ristretti limiti del judicial review.

La tenuta di tale impostazione è stata incrinata dalla disponibilità dei giudici britannici ad ammettere azioni ordinarie per le controversie contrattuali fra imprese regolate. Le prime pronunce nel settore delle telecomunicazioni indicano che le licenze fanno nascere private rights a favore delle parti. Pertanto, è possibile applicare il diritto dei contratti e ottenere rimedi di diritto comune senza rispettare le strettoie procedurali stabilite nella legislazione di settore.²²

Si è rilevato, peraltro, che l'ammissibilità di azioni ordinarie non risolve il problema della rilevanza da assegnare alle regole definite dall'autorità di settore. Cosa succede se quest'ultima predispone soluzioni divergenti dal diritto comune? La giurisprudenza britannica non offre risposte nette. Se da un lato si esclude la validità di condizioni della licenza che danneggiano i clienti del titolare, dall'altro si mostra una certa disponibilità ad interpretare il diritto comune alla

²¹ Sui poteri antitrust dei regolatori v. T. PROSSER, *Competition, Regulators and Public Service*, in B. RODGER e A. MCCULLOCH (a cura di), *The UK Competition Act: A New Era for UK Competition Law*, Hart, 2000, 225; T. SHARPE, *Concurrency or Convergence? Competition and Regulation under the Competition Act 1998*, in C. ROBINSON (a cura di), *Utility Regulation and Competition Policy*, Elgar, 2002, 164; H. WEEDS, *Concurrency Between OFT and Regulators*, 12 *Utilities Pol.* 69 (2004). Sui poteri in materia di diritto dei consumatori v. OFT, *Enforcement of Consumer Protection Legislation*, June 2003 (www.of.gov.uk).

²² Nel caso degli utenti residenziali occorre tener presente che *Norweb plc v. Dixon*, 3 All ER 952 (Q.B. 1995) ha escluso la natura contrattuale della relazione instaurata con un public electricity supplier. Tale orientamento potrebbe precludere il ricorso ai rimedi privatistici [v. SCOTT, *The Juridification of Regulatory Relations* cit., 50ss.; S. WHITTAKER, *Unfair Contract Terms, Public Services and the Construction of a European Conception of Contract*, 116 *L.Q. Rev.* 95 (2000)]. Si noti, però, che l'UAct00 ha eliminato la figura del public electricity supplier e le licenze fanno ora esplicito riferimento alla conclusione di un contratto (v. sec. 42 Standard Licence Conditions for Electricity Supply). Un obbligo in tal senso è previsto del resto dalle direttive europee: v. l'allegato A alle dir. 2003/54/CE (seconda direttiva elettricità) e 2003/55/CE (seconda direttiva gas).

luce delle disposizioni provenienti dalla regolazione di settore.²³ Tali oscillazioni documentano l'esistenza di un problema più ampio, e cioè l'incertezza sui benefici e sui costi dell'intrusione del diritto comune nel sistema della regolazione. La disponibilità di rimedi alternativi permette di sopperire alle debolezze dei regolatori, ma apre la strada a decisioni ispirate ad approcci radicalmente diversi e rischia di rimettere in discussione gli equilibri cooperativi faticosamente raggiunti.

Due esempi, il primo relativo alle tariffe di connessione alla rete di trasmissione e il secondo ai contratti domestici, aiutano a chiarire il rapporto fra rimedi privatistici e regolazione nell'esperienza britannica.

In una controversia decisa dalla Court of Appeal nel 1998 un produttore aveva avviato una procedura arbitrale contro National Grid, gestore della rete di trasmissione, sostenendo che questi aveva applicato tariffe di connessione eccessive.²⁴ Il gestore contestava la giurisdizione arbitrale sostenendo che la controversia poteva essere decisa esclusivamente dal regolatore. Questi si era già pronunciato in proposito e non aveva rilevato alcuna violazione della licenza. In entrambi i gradi di giudizio i giudici britannici affermano la giurisdizione dell'arbitro. In particolare, la Court of Appeal si pronuncia a favore di una netta distinzione fra questioni di diritto privato, derivanti dall'applicazione del contratto stipulato fra le parti, e questioni di diritto pubblico, da affrontare con le procedure di indagine previste nell'EAct89. Le prime sono collegate alle obbligazioni che le parti assumono con il contratto e possono essere risolte con le procedure arbitrali espressamente previste. Le seconde riguardano il rispetto delle condizioni stabilite dalle licenze, ma non precludono il ricorso alle procedure arbitrali.

È interessante osservare che i giudici affrontano anche il tema dell'eventuale conflitto fra decisioni arbitrali e decisioni del regolatore. A questo proposito si afferma che le seconde prevalgono in ogni caso sulle prime. Nello stesso tempo, però, si esclude che nel caso in esame la decisione del regolatore precluda il ricorso alla procedura arbitrale. La controversia contrattuale sull'entità delle tariffe di connessione rimane distinta dall'intervento regolatorio sulla stessa materia, che si limita a fissare alcuni criteri generali e rinvia per la loro attuazione alle decisioni del gestore.

²³ V. la discussione della giurisprudenza proposta da SCOTT, *The Juridification of Regulatory Relations* cit., 42ss., e da J. BLACK, *Reviewing Regulatory Rules: Responding to Hybridisation*, in BLACK e al., *Commercial Regulation & Judicial Review*, cit., 123, 152ss..

²⁴ National Power plc v. National Grid Co plc, C.A. (Civ. Div. 16 July 1998). La relazione contrattuale fra le parti si basava sul Master Connection and Use of System Agreement (MCUSA), un accordo quadro sottoscritto da tutti gli operatori connessi alla rete di trasmissione, nonché su accordi supplementari relativi a ciascun impianto di produzione. A partire dal 2001 il MCUSA è stato sostituito dal Connection and Use of System Code (CUSC): informazioni sui suoi contenuti sono disponibili all'indirizzo www.nationalgrid.com.

Sembra, quindi, che sul versante delle controversie fra imprese rimanga spazio per il ricorso a rimedi privatistici. Inoltre, il campo di intervento del regolatore rimane separato dalle questioni contrattuali e le sue decisioni possono prevalere solo in caso di contrasto fra le clausole e specifiche regole settoriali. Si noti, peraltro, che le possibilità di ricorso ai rimedi privatistici sono limitate dalla clausola che esclude il diritto dei contraenti di avvalersi di rimedi sostanziali previsti dal common law o da leggi diverse dall'EAct89. Pertanto, gli unici rimedi disponibili sono quelli che derivano dal contratto, dalla licenza e dalla legislazione di settore. La conseguenza più significativa è l'esclusione del diritto al risarcimento dei danni patrimoniali, peraltro compensata dalla previsione di specifiche indennità e clausole penali negli accordi sottoscritti dagli utenti della rete.²⁵

Anche nel campo dei contratti domestici è possibile rilevare una preferenza per i rimedi introdotti dalla disciplina di settore. Nell'aprile 2005 Energywatch, l'ente che dal 2000 rappresenta gli utenti residenziali, ha utilizzato per la prima volta lo strumento del Super-complaint. Si tratta di un ricorso al regolatore previsto dalla sec. 11(1) Enterprise Act 2002.²⁶ Gli aspetti sui quali si richiedeva l'intervento di Ofgem riguardavano le modalità di fatturazione, la frequenza delle letture ed i criteri di stima dei consumi, la trasparenza delle bollette, gli ostacoli al cambiamento del fornitore, la presenza di clausole abusive. Per ciascuno di questi temi Energywatch lamentava la diffusione di prassi che danneggiavano gli utenti residenziali e chiedeva al regolatore misure più incisive.

Le richieste formulate con il Super-complaint sono state accolte solo in parte da Ofgem.²⁷ Si è rilevato, infatti, che i problemi segnalati da Energywatch riguardano solo un numero limitato di casi e possono essere affrontati attraverso misure di autoregolazione. Pertanto, si chiede ai fornitori di introdurre entro luglio 2006 un organismo indipendente per la risoluzione delle controversie, di eliminare la pratica del back-billing (richiesta di pagamento di consumi non fatturati per lungo tempo) e di eliminare le clausole contrastanti con la legislazione in materia di consumatori.²⁸

²⁵ La clausola di limitazione della responsabilità è ora contenuta nel par. 6.12 CUSC – Section 6 - General Provisions. È interessante osservare che un'analoga clausola è prevista dal Cap. 11, par. 11.5 del codice di rete italiano, disponibile sul sito di Terna s.p.a..

²⁶ V., in proposito, OFT, *Super-Complaints: Guidance for Designated Consumer Bodies*, July 2003. Il testo del ricorso è disponibile sul sito di Energywatch.

²⁷ V. Ofgem response to the Super-complaint on billing processes made by the Gas and Electricity Consumer Council ("energywatch"), Decision document, July 2005.

²⁸ È piuttosto singolare che Ofgem si limiti ad affermare di non avere il potere di accertare la vessatorietà delle clausole contestate da Energywatch (v. Ofgem response cit., 41). Il regolatore dispone infatti del potere di rivolgersi al giudice per ottenere provvedimenti inibitori: v. reg. 10-15 e Sch. 1 Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations (Statutory Instrument 1999/2083), nonché Part 8 Enterprise Act 2002 e Enterprise Act 2002 (Pt 8 Domestic Infringements) Order 2003 (Statutory Instrument 2003/1593). Su questa disciplina v., in generale, G.

5. I contratti del settore elettrico in Italia: concorrenza fra regolazione e diritto privato ?

La prima e più evidente differenza che emerge dal confronto fra regolazione britannica e italiana è la presenza nella seconda di un'ampia delega di poteri normativi in materia contrattuale all'autorità di settore. Mentre il Dges ed il suo successore Ofgem devono confrontarsi con i vincoli imposti dal procedimento di modifica delle licenze, l'Aeeg dispone in teoria di maggiori spazi di manovra.

Già la legge istitutiva del 1995 prevedeva la possibilità di modificare le clausole relative alle condizioni di svolgimento dei servizi e di emanare direttive concernenti la produzione ed erogazione degli stessi (art. 12, lett. d) e h) l. 481/95). Ulteriori poteri di intervento in materia contrattuale sono stati introdotti dal d.lgs. n. 79/99, che dà attuazione alla prima direttiva elettricità. In particolare, il testo originario dell'art. 6 imponeva l'obbligo di munirsi dell'autorizzazione del regolatore per stipulare contratti bilaterali. Tale requisito era collegato all'obbligatorietà della borsa elettrica, prevista dall'impianto originario del d.lgs. n. 79/99. Con il passaggio al modello della borsa facoltativa, l'art. 1-quinquies, 8° comma, l. n. 290/03 ha cancellato il requisito dell'autorizzazione preventiva per i contratti bilaterali. L'art. 6 non è stato invece modificato nella parte in cui attribuisce all'Aeeg il potere di inserire in tutti i contratti conclusi da clienti idonei le clausole negoziali e le regolamentazioni tecniche indispensabili al corretto funzionamento del sistema elettrico.

Occorre, inoltre, ricordare che altri soggetti del sistema elettrico sono investiti del potere di definire il contenuto delle relazioni contrattuali di loro competenza. Si tratta, in particolare, del Gestore della rete di trasmissione nazionale (Grtn), del Gestore del mercato elettrico (Gme) e dell'Acquirente unico (Au). Nella maggior parte dei casi si tratta di poteri che possono essere esercitati sulla base di direttive dell'Aeeg o del ministro competente.

Sembra, quindi, che i poteri dell'Aeeg e degli altri regolatori si estendano a tutte le relazioni contrattuali della filiera elettrica.²⁹ Peraltro, nella prima fase della liberalizzazione il concreto esercizio di tali poteri è stato caratterizzato da una notevole discontinuità. Talvolta sono state adottate misure di portata circoscritta. Ad esempio, l'unico caso in cui l'Aeeg è intervenuta sui

HOWELLS e S. WEATHERILL, *Consumer Protection Law*, 2° ed., Ashgate, 2005; R. LOWE e G. WOODROFFE, *Consumer Law and Practice*, 6° ed., Sweet & Maxwell, 2004.

²⁹ Una descrizione delle principali figure contrattuali è proposta da M. FALCIONE, *I contratti del mercato elettrico*, Quaderni Collana AIEE, Elicònie, Roma, 2003.

contratti bilaterali riguarda il diritto di recesso.³⁰ Per i contratti di tolling il regolatore ha affermato di volersi astenere da qualsiasi intervento.³¹ In altri casi, invece, è stato predeterminato l'intero contenuto del contratto. Ad esempio, il contratto di dispacciamento, che consente di immettere e prelevare elettricità dalla rete di trasmissione, è interamente predisposto dal Grtn e approvato dall'Aeeg.³² Anche i contratti di utenza residenziale sono stati oggetto di interventi piuttosto consistenti, sia sul versante del contenuto delle clausole che degli obblighi di informazione stabiliti dai codici di condotta commerciale.³³ Inoltre, l'ampia regolazione della qualità commerciale e della continuità del servizio incide su aspetti particolarmente delicati del rapporto contrattuale fra imprese elettriche e utenti.³⁴ Non mancano casi in cui l'intervento del regolatore riguarda il procedimento per la conclusione dei contratti. Si tratta, in particolare, della connessione alle reti di trasmissione e distribuzione e dei servizi di trasporto sulle stesse.³⁵

Dal punto di vista dell'approccio neoistituzionalista, illustrato con riferimento alla regolazione britannica, questa ampia delega di poteri normativi potrebbe apparire preoccupante. La possibilità di intervenire su qualsiasi aspetto del rapporto contrattuale dovrebbe indicare che la capacità di commitment del regolatore italiano è decisamente modesta. Pertanto, il rischio di espropriazione degli investimenti risulterebbe molto elevato.

L'esperienza dell'ultimo decennio mostra che i problemi di commitment sono stati affrontati soprattutto attraverso una redistribuzione delle competenze a favore del ministero. Su alcuni aspetti cruciali per il funzionamento del sistema elettrico, come i criteri di determinazione delle tariffe e l'assegnazione della capacità di importazione, il potere politico ha progressivamente ridotto il ruolo dell'Aeeg. Inoltre, la legge di riordino del settore dell'energia (l. n. 239/04) ha previsto in molti casi un potere sostitutivo del ministro in caso di inerzia del regolatore.³⁶ Il

³⁰ Tale previsione, introdotta dalla del. Aeeg 78/99, è attualmente subordinata all'accordo delle parti. V. la successiva del. Aeeg n. 123/03 e l'art. 18 del. Aeeg 212/05.

³¹ Le motivazioni di tale scelta sono illustrate nel documento di consultazione Aeeg del 31 luglio 2003.

³² V. l'allegato A26 al codice di rete, disponibile sul sito di Terna s.p.a..

³³ Per le clausole v. la del. Aeeg 200/99. Per il codice di condotta commerciale v. la del. Aeeg 242/00 ed il documento di consultazione del 19 dicembre 2005, *Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica ai clienti idonei finali*. Il regolatore è intervenuto anche per garantire una maggiore comprensibilità delle bollette: v. del. 55/00 e il documento di consultazione del 15 febbraio 2006. V., inoltre, i dati raccolti dall'ERGEG, *Report on Consumer Protection* e *Report on Transparency of Energy Contracts, Bills and Prices*, entrambi del 30 settembre 2005 (www.ergeg.org/).

³⁴ V. la del. Aeeg 4/04, nonché Ministero delle attività produttive, *La carta della qualità dei servizi – i settori dell'energia elettrica e del gas*, settembre 2005 (www.attivitaproduttive.gov.it). Sono in preparazione altri interventi in quest'ambito: v. il documento di consultazione del 6 aprile 2005 per il monitoraggio della qualità della tensione sulle reti di distribuzione, del 18 maggio 2005 sulle interruzioni prolungate o estese, del 30 novembre 2005 sulla qualità dei servizi telefonici commerciali. Una comparazione a livello europeo degli interventi sulla qualità commerciale e sulla continuità è contenuta nei benchmarking reports del Ceer (www.ceer-eu.org).

³⁵ Per la connessione v. la del. Aeeg 50/02. Il suo contenuto è stato successivamente trasposto nel codice di rete. Per i servizi di trasporto v. le del. Aeeg 13/99 e 119/00.

³⁶ V. M. DE BELLIS, *L'erosione dei poteri dell'autorità per l'energia elettrica e il gas*, *Rass. giur. energia elett.*, 2004, 401; F. DI PORTO e F. SILVA, *Riformare le utilities è difficile: il caso elettrico italiano*, in *Mercato*

risultato complessivo di tale assetto è un ammorbidimento dei vincoli imposti alle imprese elettriche.

Al di là dei dubbi sulla razionalità dell'attuale suddivisione di competenze, la regolazione italiana suggerisce che un'ampia delega di poteri normativi non garantisce automaticamente la capacità di orientare i comportamenti contrattuali delle imprese elettriche. Molte delle misure richiamate in precedenza hanno ottenuto risultati inferiori alle aspettative. Ad esempio, l'Aeeg non è riuscita ad impedire che nella fase di avvio della liberalizzazione l'ex-monopolista adottasse clausole dirette ad impedire l'ingresso di concorrenti. Tale comportamento è stato contrastato solo grazie all'intervento dell'Agcm.³⁷ Sul versante della continuità del servizio, il blackout del settembre 2003 ha mostrato che la regolazione non offriva alcuna forma di tutela contro eventi del genere. Ne è derivato un contenzioso di notevoli dimensioni, i cui costi potrebbero essere trasferiti agli utenti.³⁸

In termini più generali, gli ampi poteri normativi delegati all'Aeeg rendono estremamente probabile che i provvedimenti del regolatore condizionino le controversie fra soggetti legati da relazioni contrattuali. È possibile, cioè, che la componente amministrativa della regolazione sia prevalente rispetto alla dimensione contrattuale. Il vantaggio di tale assetto istituzionale è la predisposizione di regole specificamente disegnate per i contratti del settore elettrico. Si tratta, però, di una soluzione che va incontro a notevoli inconvenienti se i poteri normativi non sono accompagnati da adeguati meccanismi di enforcement. Da questo punto di vista, l'esperienza britannica è particolarmente significativa. Ai fallimenti degli anni novanta si è rimediato attribuendo al regolatore maggiori poteri di intervento, utilizzabili laddove sia necessario correggere o sostituire l'autoregolazione. Inoltre, sono state rafforzate le procedure di ricorso allo stesso Ofgem o alla Competition Commission, mentre un ruolo residuale è assegnato alla judicial review.

In Italia, invece, l'Aeeg dispone di strumenti coercitivi piuttosto limitati: le sanzioni amministrative previste dalla l. n. 481/95 e gli indennizzi automatici per la violazione di standard specifici. Una procedura per la risoluzione delle controversie è stata avviata in via transitoria solo

concorrenza regole, 2005, 11; F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete: l'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Giappichelli, 2005, 149ss..

³⁷ V. Agcm, provvedimento n. 7043 (A263), UNAPACE/ENEL, *Boll.* n. 13-14 del 26 aprile 1999, commentato da G. COLANGELO, *Price Matching: il millennium bug dell'antitrust?*, *Riv. dir. impresa*, 1999, 509; Agcm, provvedimento n. 12634, A333 – ENEL TRADE-CLIENTI IDONEI, *Boll.* n. 48 del 15 dicembre 2003, commentato da F. POLETTINI, *Contratti di somministrazione di energia e diritto antitrust: il caso Enel*, *Dir. ind.*, 2004, 368.

³⁸ Secondo quanto riferito da Enel a p. 149 dell'Annual Report on Form 20-F 2004, depositato presso la Securities and Exchange Commission il 13 giugno 2005 (www.enel.it), al maggio 2005 30.000 utenti avevano richiesto risarcimenti per circa 30 milioni di euro, cifra alla quale sono ovviamente da aggiungere le eventuali spese legali. Per una ricostruzione della vicenda v. G. BELLANTUONO, *La risarcibilità dei danni da blackout*, in corso di pubblicazione in *Danno e resp.*, n. 5, 2006.

all'inizio del 2006.³⁹ Inoltre, i provvedimenti del regolatore sono sottoposti al medesimo controllo giudiziario previsto per qualsiasi altra pubblica amministrazione. Non sorprende, quindi, che i rimedi privatistici siano spesso utilizzati per contrastare le decisioni del regolatore o per supplire alla mancanza di interventi. Decisamente più limitate, invece, sono le occasioni in cui regolazione e diritto privato si rafforzano a vicenda e contribuiscono alla realizzazione di obiettivi comuni.

Un esempio può aiutare a comprendere le implicazioni di una prevalenza della dimensione amministrativa su quella contrattuale. Il Consiglio di Stato si è occupato di una controversia che opponeva la Becromal s.p.a. all'AEM.⁴⁰ Le parti erano legate da un rapporto pluriennale nel corso del quale la società aveva provveduto a realizzare a proprie spese impianti dedicati per la fornitura di energia. In seguito all'apertura dei mercati elettrici, la Becromal aveva deciso di approvvigionarsi a prezzi più convenienti da un fornitore tedesco. Tuttavia, l'AEM aveva applicato le tariffe di vettoriamento praticate a tutti gli altri clienti, senza prevedere alcuna riduzione in virtù del contributo della Becromal alla realizzazione della rete di distribuzione. Rivoltasi all'Aeeg, la società si era sentita rispondere che in assenza di violazioni delle sue delibere il regolatore era privo di poteri di intervento. Spettava quindi alle parti concordare una deroga alle tariffe normalmente praticate. Sia il Tar che il Consiglio di Stato smentiscono tale posizione, osservando che la l. n. 481/95 assegna all'Aeeg ampi poteri di intervento in casi del genere. In particolare, il giudice amministrativo sottolinea che è compito del regolatore assicurare l'applicazione di tariffe di vettoriamento proporzionate ai costi ed evitare comportamenti che possano ostacolare l'apertura dei mercati.

Questa controversia avrebbe potuto essere affrontata in sede civile sulla base dell'interpretazione delle clausole contrattuali. È evidente, però, che il ricorso alla giustizia amministrativa consente all'utente di esercitare una pressione sul regolatore e, in caso di vittoria, di ottenere un provvedimento di riduzione delle tariffe. Come rilevato, gli ampi poteri normativi attribuiti all'Aeeg spostano sul versante amministrativo la maggior parte dei conflitti. Nello stesso tempo, però, l'esempio della Becromal mostra che le risposte del regolatore sono talvolta inadeguate. Si avverte, quindi, la necessità di rafforzare la dimensione contrattuale stimolando forme di autoregolazione, tanto sotto il profilo della predisposizione di regole che della risoluzione delle controversie.

³⁹ I regolamenti governativi che avrebbero dovuto disciplinare le procedure di arbitrato dinanzi all'Aeeg (art. 2, comma 24, lettera b), l. n. 481/95) non sono mai stati emanati. La del. Aeeg 42/05 introduce quindi una procedura arbitrale in via sperimentale. Il primo lodo arbitrale in materia di trasporto di gas è stato pubblicato nel gennaio 2006.

⁴⁰ V. Cons. Stato, sez. VI, 26 aprile 2005, n. 1866. V., inoltre, la del. Aeeg 208/05.

Se la disciplina del settore elettrico non è in grado di comporre gli interessi delle imprese e degli utenti, il diritto privato ed il diritto antitrust saranno chiamati a svolgere una funzione di supplenza. Tale evoluzione presenta due rischi. In primo luogo, i giudici civili potrebbero imporre standard di responsabilità che prescindono da un'effettiva conoscenza del settore elettrico. I maggiori costi che tale soluzione comporterebbe potrebbero riversarsi sugli utenti. In secondo luogo, potrebbero attenuarsi gli incentivi delle imprese ad adottare comportamenti cooperativi nei confronti del regolatore. Qualsiasi operatore che ottenga un provvedimento sfavorevole sarebbe motivato a cercare altrove rimedi più convenienti. D'altra parte, la semplice minaccia di aggirare la disciplina di settore potrebbe ridurre gli spazi di manovra del regolatore.

6. Conclusioni: verso la co-regolazione ?

Si può senz'altro sottoscrivere l'idea che la regolazione debba servire a creare un ambiente istituzionale favorevole allo sviluppo di relazioni contrattuali cooperative e a contrastare comportamenti opportunistici.⁴¹ Occorre, però, rilevare che la letteratura neoistituzionalista ha spesso proposto un'interpretazione unidimensionale delle scelte regolatorie. L'attenzione è stata rivolta quasi esclusivamente al problema dell'opportunismo delle istituzioni statali. La premessa di tale approccio è che, una volta stabilito un adeguato livello di commitment, il diritto dei contratti ed il diritto antitrust sono in grado di governare le relazioni contrattuali fra imprese e con gli utenti.⁴²

In questo articolo si è cercato, invece, di mettere in evidenza che la regolazione persegue molteplici obiettivi. Pertanto, soluzioni istituzionali che potrebbero sembrare discutibili se considerate dal punto di vista della stabilità del sistema, assumono connotati positivi se considerate da altri punti di vista. In particolare, occorre prendere atto della possibilità che nei mercati elettrici la regolazione svolga, con strumenti diversi, la funzione di ridurre i costi transattivi generalmente assegnata al diritto dei contratti. L'interrogativo di fondo riguarda l'identificazione dei casi in cui è prevedibile che la regolazione sostituisca adeguatamente il diritto dei contratti. Utili indicazioni in proposito provengono dalla comparazione di soluzioni istituzionali adottate in differenti sistemi giuridici.

⁴¹ V., in questo senso, E. BROUSSEAU e J.-M. GLACHANT, *The Economics of Contracts and the Renewal of Economics*, in BROUSSEAU e GLACHANT, *The Economics of Contracts* cit., 23. Per un approccio analogo v. J. ROSSI, *Regulatory Bargaining and Public Law*, Cambridge UP, 2005.

⁴² Esplicitamente in tal senso SPILLER e TOMMASI, *The Institutions of Regulation* cit., 522: (i)f what drove the design of of regulatory policy-making is the potential for private firm opportunism or exercise of market power, then that could undertaken by the application of general antitrust (and common law) provisions.”

Il confronto fra Regno Unito e Italia mette in evidenza due modelli di interazione fra regolazione e diritto dei contratti. Nel modello britannico la regolazione è tendenzialmente autosufficiente. Gli spazi per il ricorso al diritto dei contratti sono limitati. Intorno al meccanismo della licenza si costruisce una relazione cooperativa fra regolatori e imprese regolate.⁴³ La necessità di procurarsi il consenso del titolare per modificare la licenza rappresenta un incentivo alla ricerca di soluzioni concordate. L'ampio ricorso ai codici di autoregolazione per la gestione della borsa elettrica e delle reti di trasmissione è l'esempio più significativo dell'attuale equilibrio fra poteri di intervento statale e autonomia privata.⁴⁴ Diversamente da quanto avveniva con il sistema del Pool negli anni novanta, attualmente il ministro ed Ofgem mantengono la possibilità di correggere le regole di organizzazione dei mercati e delle reti, ma lasciano agli operatori il compito di predisporre tali regole e le relative procedure di risoluzione delle controversie.

Nel modello italiano, invece, è ancora dominante la gestione autoritativa del rapporto con le imprese regolate. Con regolatori forti, tale modello può condurre ad una regolazione dettagliata dei contratti del settore elettrico. In caso di regolatori con risorse limitate, produrrà interventi discontinui e talvolta inefficaci.

Uno dei dati più significativi che emerge dalla comparazione è l'impossibilità di rendere completamente impermeabile il sistema di regolazione al confronto con altri settori dell'ordinamento. Pertanto, occorre affrontare il problema del rapporto fra diritto privato e regolazione. In termini generali, è possibile immaginare due differenti traiettorie: a) applicazione su larga scala dei rimedi civilistici alle controversie fra imprese ed utenti del settore elettrico; b) ampliamento degli spazi di autonomia e rafforzamento degli strumenti di risoluzione delle controversie all'interno dei sistemi di regolazione.

La prima traiettoria rischia di aumentare i costi della regolazione. Anche se è possibile immaginare che il diritto privato sia impiegato per sopperire alle lacune della regolazione, occorre prendere atto della difficoltà di trasmettere al giudice civile le informazioni necessarie

⁴³ Sulle peculiari caratteristiche del rapporto fra regolatori e imprese nel Regno Unito v. D. COEN, *Changing Business-Regulator Relations in German and UK Telecommunication and Energy Sectors*, in D. COEN e A. HÉRITIER (a cura di), *Refining Regulatory Regimes: Utilities in Europe*, Elgar, 2005, 91; P. WILLMAN e al., *The Evolution of Regulatory Relationships: Regulatory Institutions and Firm Behaviour in Privatized Industries*, 12(1) *Ind. and Corp. Change* 69 (2003).

⁴⁴ Per un quadro complessivo delle forme di autoregolazione nel Regno Unito, con riferimenti al settore elettrico, v. I. BARTLE e P. VASS, *Self-regulation and the Regulatory State – A Survey of Policy and Practice*, Centre for the Study of Regulated Industries, Research Report 17, 2005. V., inoltre, G. DE MINICO, *Regole comando e consenso*, Giappichelli, 2005, cap. quinto.

per bilanciare i diversi obiettivi della regolazione. È noto, d'altra parte, che la capacità del diritto privato di realizzare obiettivi di tipo distributivo è fortemente discussa.⁴⁵

Sembra preferibile, quindi, muovere nella direzione di una riforma della regolazione che lasci maggiore spazio all'autonomia privata, in forma individuale o collettiva. Come dimostra l'esperienza in campo ambientale, i sistemi di regolazione mostrano maggiori capacità di combinare tradizionali strumenti di command-and-control con meccanismi di incentivo più flessibili. Occorre, però, sottolineare la necessità del confronto fra vantaggi derivanti dal ricorso a forme di co-regolazione e costi di attuazione di tale assetto istituzionale. È evidente che l'autoregolazione non può rappresentare una risposta alle debolezze dei regolatori. Al contrario, la condizione necessaria per la sua attuazione è la disponibilità di più efficaci strumenti statali di controllo dei comportamenti opportunistici.⁴⁶

Non è escluso che nel prossimo futuro si aprano spazi di co-regolazione nel settore elettrico. Il nuovo codice di rete, emanato in seguito alla riunificazione della proprietà e della gestione della rete di trasmissione,⁴⁷ potrebbe modificare il tradizionale rapporto gerarchico fra regolatore e imprese regolate. Qualche spunto in direzione dell'autoregolazione sembrerebbe offrirlo l'istituzione del Comitato di consultazione, prevista dall'art. 1, 4° comma, d.p.c.m. 11 maggio 2004. Si tratta di un organo formato da utenti del settore, al quale sono affidate funzioni consultive per l'aggiornamento delle regole del codice, nonché per la redazione di pareri riguardanti il rispetto degli obiettivi di non discriminazione, trasparenza e neutralità. Al Comitato si affida anche il compito di agevolare la risoluzione delle controversie derivanti dal codice.

Benché sia dotato solo di poteri consultivi, è possibile ipotizzare che il Comitato diventi un rappresentante imparziale di tutti gli operatori del sistema elettrico. Qualora abbia accesso alle informazioni rilevanti, potrebbe intervenire tempestivamente per denunciare comportamenti scorretti degli amministratori. La costruzione di efficaci meccanismi di controllo interno consentirebbe il passaggio graduale dall'attuale sistema di sorveglianza continua a forme di autoregolazione. Già adesso il codice di rete attribuisce al gestore compiti di vigilanza e di applicazione delle sanzioni. Benché la risoluzione delle controversie rimanga affidata all'Aeeg, si potrebbe ipotizzare un sistema a due livelli, il primo dei quali direttamente organizzato dal

⁴⁵ Per una trattazione recente delle principali obiezioni (e delle possibili repliche) all'impiego del diritto privato per finalità redistributive v. K. LOGUE e R. AVRAHAM, *Redistributing Optimally: Of Tax Rules, Legal Rules, and Insurance*, 56 *Tax L. Rev.* 157 (2003).

⁴⁶ V. F. CAFAGGI, *Un diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*, in *Politica del diritto*, 2004, 205, 233: "ad una regolazione pubblica forte ed efficace corrisponde una autoregolazione con le medesime caratteristiche. La complementarietà comporta infatti il reciproco rafforzamento: solo se l'una è forte ed efficace anche l'altra può esserlo."

⁴⁷ V. le direttive al Grtn contenute nella del. Aeeg 250/04 e la successiva approvazione del codice di rete con del. Aeeg 79/05.

gestore. L'assetto definitivo dovrebbe prevedere il trasferimento al gestore del compito di regolare il segmento della trasmissione. L'Aeeg si limiterebbe a formulare direttive e a verificarne l'osservanza. È evidente, d'altra parte, che tale evoluzione richiede una struttura di governo in grado di offrire garanzie di trasparenza ed imparzialità nell'esercizio dei poteri di decisione, nonché meccanismi di incentivo che assicurino adeguati livelli di investimento.⁴⁸

⁴⁸ Sull'autoregolazione dei gestori di rete nell'esperienza nordamericana v. C.H. KOCH, *Control and Governance of Transmission Organizations in the Restructured Electricity Industry*, 27 *Florida St. U. L. Rev.* 569 (2000). Un altro ambito che sembrerebbe prestarsi a forme di co-regolazione è la gestione delle piattaforme per la registrazione e negoziazione di contratti a termine. Sui problemi sollevati dall'attuale servizio di dispacciamento e le possibili soluzioni v. i documenti di consultazione Aeeg del 1° giugno 2005 e 4 agosto 2005.