

La politica energetica della Commissione alla luce della pronuncia OPAL della Corte di giustizia del 15 luglio 2021 e della rottura dei rapporti tra l'Unione e la Russia

Pieralberto Mengozzi (Professore associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Bologna) – 30 marzo 2022

SOMMARIO: 1. Il caso OPAL relativo all'utilizzazione del gasdotto Nord Stream 1 e le pronunce dei giudici comunitari sul rispetto del principio di solidarietà energetica da parte della Commissione. - 2. *Segue*: l'importanza del risultato raggiunto da dette pronunce con riferimento all'obiettivo di subordinare deroghe all'accesso di terzi a nuove strutture alla condizione che queste aumentino la concorrenza e rinvigoriscano la sicurezza degli approvvigionamenti. - 3. L'intervento della Russia in Ucraina, le reazioni politiche dell'Unione e l'incidenza da esse avute sull'esercizio dei poteri della Commissione e delle autorità di regolamentazione dell'energia nazionali. - 4. *Segue*: la collocazione dell'Unione in un più ampio contesto internazionale e la corsa ad un'intensificazione della collaborazione con Paesi diversi dalla Russia. - 5. L'obbligo dell'Unione e dei suoi Stati membri di continuare a gestire la politica energetica anche nei rapporti con Stati terzi in sintonia con il principio di attiva solidarietà stabilito dal Tribunale e dalla Corte.

1. Con una sentenza che ha reso il 15 luglio 2021 (causa C-848/19 P, *Repubblica federale di Germania c. Repubblica di Polonia e Commissione europea*) la Corte si è espressa in materia di politica energetica con riferimento a disposizioni contenute in direttive comunitarie succedutesi nel tempo, ultima delle quali la direttiva 2009/73/CE relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009). Questa direttiva a) stabilisce che in relazione a quella politica gli Stati membri garantiscono l'attuazione di un sistema di accesso dei terzi ai sistemi di trasporto e di distribuzione del gas naturale, 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 e b) contempla deroghe agli obblighi di accesso dei terzi applicabili, per un periodo limitato, a nuove infrastrutture del sistema del gas, in relazione ad importanti investimenti da effettuarsi in relazione ad esse. La concessione di tali deroghe, che è subordinata alla condizione della loro idoneità ad aumentare la concorrenza e a rinvigorire la sicurezza degli

approvvigionamenti, è di competenza delle autorità di regolamentazione nazionali. Queste devono adottare decisioni al riguardo e sono tenute a notificarle alla Commissione europea la quale, entro due mesi dalla loro ricezione, può confermarle o adottare una decisione che impone alle autorità di regolamentazione di rettificarle o revocarle. L'esercizio di queste competenze è alla base del funzionamento della politica energetica dell'Unione e, in ragione di quanto previsto dall'entrata in vigore dell'art. 194 del Trattato di Lisbona, deve avvenire in uno spirito di solidarietà tra Stati membri.

È nel quadro di detto sistema che è stato progettato e costruito il gasdotto Nord Stream 1, attualmente, insieme al blocco del gasdotto Nord Stream 2, tanto conflittualmente alla ribalta. Il gasdotto Nord Stream 1 congiunge direttamente la Russia con la Germania sviluppandosi sotto le acque del Mar Baltico. Il potenziamento della sua utilizzazione da parte del gruppo multinazionale OPAL, capace di essere prodotto dalla decisione adottata dall'Autorità nazionale tedesca per l'energia e confermata dalla Commissione, poteva avere l'effetto di trasferire il trasporto di rilevanti volumi del gas naturale russo, che in precedenza erano trasportati dai gasdotti Braterstwo e Yamal, passanti attraverso l'Ucraina e produttori a favore di questa proventi di pedaggio in transito per un miliardo e mezzo di euro.

Nel 2009 la Commissione aveva confermato la decisione con cui l'Autorità di Regolamentazione per l'Energia tedesca, in ragione degli importanti investimenti necessari per la realizzazione del gasdotto Nord Stream 1, aveva esentato OPAL, la società destinata a gestirlo, per un periodo di 22 anni, dall'obbligo di concedere accesso a terzi nel limite massimo della propria capacità di uscita a Brandov (che poteva essere prenotata da imprese facenti capo alla stessa OPAL aventi una posizione dominante nella Repubblica ceca).

Il caso che ha portato alla pronuncia di cui sopra è nato da un ricorso che la Polonia ha presentato al Tribunale contro una decisione della Commissione che aveva confermato una richiesta del 12 aprile 2013, da parte delle società OGT, OAO, Gazprom e Gazprom Export OOO, avanzata all'Autorità tedesca di regolamentazione dell'energia di aggiungere due condizioni a quelle che essa aveva imposto il 25 febbraio 2009. Quell'autorità aveva accolto detta richiesta con alcune riserve e notificato, il 13 maggio 2016, alla Commissione la propria intenzione di aggiungere quelle due condizioni a quelle imposte il 25 febbraio 2009 relativamente alla quota del gasdotto OPAL gestita dalla OGT. La modifica che ne risultava consisteva, in sostanza, nel sostituire la limitazione delle capacità che potevano essere riservate da imprese dominanti con l'obbligo per la OGT di offrire nell'ambito di aste almeno il 50 % della propria capacità di sfruttamento al punto di uscita di Brandov (Repubblica ceca). La Commissione, con una propria decisione del 28 ottobre 2016,

divenuta l'oggetto del ricorso della Polonia, ha confermato detta modifica. Il 28 novembre 2016 l'Autorità tedesca ha modificato la deroga concessa con la sua decisione del 25 febbraio 2009 in sintonia con la conferma effettuata dalla Commissione, concludendo con la OGT un contratto di diritto pubblico, che, in base al diritto tedesco, ha il valore di una decisione amministrativa.

La Polonia, allora, ha impugnato la decisione della Commissione davanti al Tribunale sostenendo che quella decisione a) consentiva a Gazprom ed alle entità del gruppo Gazprom di rinforzare la propria posizione monopolistica reindirizzando attraverso le capacità del gasdotto Nord Stream nuovi volumi di gas sul mercato dell'Unione e di sfruttare pienamente le capacità di questo gasdotto, b) comprometteva lo sfruttamento delle capacità di fornitura dei gasdotti dei concorrenti dell'OPAL, Braterstwo e Yamal, dando luogo ad una riduzione o anche ad un'interruzione completa del trasporto di gas da parte loro, c) incideva negativamente sulla sicurezza energetica del proprio territorio, d) ledeva il principio generale di solidarietà tra gli Stati membri e tra l'Unione e quegli Stati, e) contraddiceva lo spirito di solidarietà che, ai sensi dell'art. 194 TFUE, deve informare ogni decisione presa in materia di energia e f) il gasdotto Nord Stream avrebbe aumentato l'influenza strategica della Russia nell'UE, in particolare nell'Europa centrale ed orientale, poiché esso avrebbe permesso di interrompere la fornitura di gas attraverso l'Ucraina senza compromettere la fornitura di gas all'Europa occidentale.

Il Tribunale si è espresso sul motivo del ricorso avanzato dalla Polonia concernente la violazione dell'art. 36, paragrafo 1, lettera a) della direttiva 2009/73/CE sopra citato, letto in combinato disposto con l'art. 194 TFUE. Riguardo alla portata di tale principio ha rilevato che “esso comporta un obbligo generale, per l'Unione e gli Stati membri, di tener conto degli interessi di tutti gli attori potenzialmente riguardati, sicché l'Unione e gli Stati membri devono adoperarsi, nell'ambito dell'esercizio delle loro competenze, a titolo della politica dell'Unione in materia di energia, per evitare di adottare misure che possano pregiudicare detti interessi, per quanto riguarda la sicurezza dell'approvvigionamento, la sua sostenibilità economica e politica e la diversificazione delle fonti di approvvigionamento, e ciò al fine di farsi carico della loro interdipendenza e della loro solidarietà di fatto”.

Il gasdotto Nord Stream 1 congiungeva direttamente la Russia con la Germania sviluppandosi sotto le acque del mar Baltico. Il suo potenziamento produceva l'effetto di trasferire una parte dei volumi di gas naturale che, trasportati in precedenza attraverso i gasdotti Yamal e Braterstwo, passavano attraverso l'Ucraina e producevano a favore di questa proventi di pedaggio in transito per 1 miliardo e mezzo di euro l'anno. Il Tribunale ha annullato la decisione della Commissione. A suo avviso essa violava il principio di solidarietà energetica sancito dall'art. 194 TFUE in quanto la sua adozione non era stata preceduta da un esame da parte di quell'Istituzione a)

dell'impatto della modifica del regime di esercizio del gasdotto OPAL sulla sicurezza degli approvvigionamenti energetici della Polonia, b) delle sue possibili conseguenze, a medio termine, per la politica in materia di energia della Polonia e c) di una considerazione bilanciata tra i suoi effetti e l'aumento della sicurezza degli approvvigionamenti a livello dell'Unione.

La decisione di annullamento del Tribunale è stata impugnata dalla Germania davanti alla Corte di giustizia, ma questa, con sentenza del 15 luglio 2021, ha inequivocabilmente respinto il ricorso.

2. La pronuncia con cui la Corte si è così espressa è stata importante perché con essa i giudici di Lussemburgo hanno preso posizione a proposito del delicato controllo che la Commissione deve compiere sull'esercizio che le Autorità di regolamentazione per l'energia nazionale sono chiamate a svolgere per assicurare il raggiungimento degli obiettivi della politica energetica dell'Unione ed il rispetto della condizione a cui, come visto sopra, deroghe ad obblighi d'accesso dei terzi a nuove strutture, a realizzazione particolarmente gravosa, aumentino la concorrenza e rinvigoriscano la sicurezza degli approvvigionamenti.

Con riferimento particolare al controllo del rispetto di detta condizione la Commissione, reagendo alla critica della Polonia secondo cui non l'aveva svolto in uno spirito di solidarietà energetica, essa, con un'argomentazione svolta in udienza, si era giustificata indicando di non aver ricevuto alcuna informazione in merito al rischio per la sicurezza degli approvvigionamenti sul mercato polacco del gas. La Corte, in modo particolarmente significativo, ha, al riguardo, affermato che una tale argomentazione non poteva giustificare 1) il mancato esame da parte della Commissione dell'impatto che la decisione controversa avrebbe potuto avere sul mercato del gas degli Stati membri potenzialmente interessati e 2) una non effettuazione di un bilanciamento da parte sua, alla luce del principio di solidarietà, degli interessi in gioco tanto degli Stati membri quanto dell'Unione nel suo complesso. L'ha fatto in evidente sintonia con la qualificazione che con la pronuncia del 6 settembre 2012, nella causa C-490/10, aveva dato delle informazioni relative ai progetti d'investimento in materia energetica previste dal regolamento UE 256/2014 come informazioni che la Commissione deve necessariamente acquisire per lo svolgimento dei compiti che ad essa spettano nel quadro della gestione della politica energetica. Se, infatti, informazioni di tal tipo devono essere acquisite con riferimento all'analisi di progetti d'investimento non si comprende come non lo debbano, a maggior ragione, essere in relazione all'analisi del modo di operare delle strutture già esistenti prese in considerazione nella decisione impugnata e delle sue conseguenze sull'utilizzazione di altre strutture agenti nel settore.

3. I tragici eventi determinati dall'intervento della Russia in Ucraina, che sono successivamente intervenuti, hanno escluso il verificarsi del potenziamento del gasdotto Nord Stream 1. La Germania ha bloccato l'entrata in funzione del Nord Stream 2. L'interruzione dell'operatività del Nord Stream 1 è stata solo minacciata e non realizzata, per l'evidente utilità della Russia e dell'Unione a mantenerlo attivo, anche se per ragioni distinte (rispettivamente l'interesse della Russia a conservare i rilevanti vantaggi economici ad essa determinati e l'impossibilità dell'Unione di ridurre drasticamente il proprio approvvigionamento energetico). Tutto questo non ha determinato la caduta dei poteri delle autorità nazionali di regolamentazione dell'energia e della Commissione, che il secondo comma dell'art. 194 TFUE conferma siano da loro esercitati, ai sensi della Direttiva 2009/73/CE. Ha dato luogo solo a reazioni politiche.

Dette reazioni, anche se sono restatesi sostanzialmente in linea con l'affermazione contenuta nell'art. 4, paragrafo 2, TFUE secondo cui l'Unione ha solo una competenza concorrente nel settore dell'energia, hanno sostanzialmente inciso sui poteri degli Stati membri. In sintonia con la sentenza OPAL, hanno avuto l'effetto di contenerne l'esercizio mediante accordi, tra essi, di solidarietà. D'altro lato, gli atti attraverso i quali si sono manifestate hanno impegnato a) la Commissione ad intensificare il proprio controllo sul mercato del gas in risposta alle preoccupazioni su potenziali distorsioni della concorrenza, in particolare in risposta a quelle suscettibili di essere determinate da Gazprom e b) l'Agenzia dell'Unione per la cooperazione tra i regolatori nazionali dell'energia (ACER) a prevenire comportamenti di ciascuno di questi particolarmente attenti agli interessi di propri operatori nazionali.

4. Quanto è seguito all'intervento della Russia in Ucraina ci ha richiamato alla realtà costituita dal fatto che l'Unione europea non può vivere senza essere condizionata dal suo collocarsi nel contesto più ampio dell'ordine internazionale e dei suoi rapporti con il resto del mondo.

Non c'è dubbio che del suo collocarsi in tale contesto la gestione della politica energetica dell'Unione ha risentito sin dai tempi del concepimento dell'idea d'istituire il gasdotto Nord Stream 1. Al passaggio dal momento dei primi studi iniziati, nel 1998, all'inizio dei lavori al riguardo, nel 2005, ha concorso, oltre alla spinta proveniente da grossi complessi industriali, il clima di buoni rapporti con la Russia attestato dall'istituzione del Consiglio Nato-Russia, posto in essere a Pratica di Mare nel 2002. È in ragione di detto clima che alla sua inaugurazione nel 2011 abbiano partecipato la Cancelliera Angela Merkel, il Presidente russo Dmitry Medvedev, il Primo ministro francese François Fillon ed il primo ministro olandese Mark Rutte. Alla speranza che quel clima favorisse, oltre all'approvvigionamento energetico dell'Unione,

uno sviluppo positivo degli scambi economici con la Russia, si deve un superamento della contrarietà a quell'iniziativa del Governo statunitense (che vedeva in essa un progetto geopolitico della Russia compromettente "la sicurezza energetica e la sicurezza nazionale di una parte significativa della Comunità Euroatlantica"). Nel 2015, nonostante l'annessione nel 2014 della Crimea e la sospensione del Consiglio Nato-Russia, è stato firmato l'accordo per costruire il Nord Stream 2. Il governo degli Stati Uniti ha, allora, molto chiaramente preso posizione. Ha dichiarato che se la Russia avesse invaso l'Ucraina, in un modo o nell'altro, il Nord Stream non avrebbe dovuto andare avanti. I lavori di costruzione sono proseguiti perché la Germania, da cui dipendeva la certificazione dell'idoneità del nuovo gasdotto ad entrare in funzione, si è detta d'accordo con detta dichiarazione. È stato per dar seguito a quell'accordo con gli Stati Uniti che la Germania, come visto, ha dato seguito bloccando quella certificazione immediatamente, il 21 febbraio u.s., dopo che quell'invasione è iniziata.

Alla non apertura del Nord Stream 2, che né scaturita, proseguendo l'invasione, si sono aggiunte le rilevanti sanzioni adottate dall'Unione europea nei confronti della Russia. Ad esse questa ha fatto seguito con l'annuncio di proprie misure di ritorsione, tra cui è stata compresa la minaccia di chiudere l'approvvigionamento di gas naturale all'Europa che questa sta ancora ricevendo attraverso il Nord Stream 1, sin qui, per evidenti necessità di copertura energetica degli Stati membri, non coperte dalle sanzioni UE.

Con la sentenza della Corte del 15 luglio 2021 avevamo maturato l'idea che si fosse imposto, con veri e propri effetti giuridici capaci di determinare una caratteristica particolare del regime relativo al settore, un principio di solidarietà tra gli Stati membri garantito dal Trattato di Lisbona e dall'interpretazione delle disposizioni di diritto derivato ad esso relative (cfr. PI. MENGOZZI, *Le regole comuni per il mercato interno del gas naturale ed il principio di solidarietà energetica*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2021, pp. 306 e 307). E non mancavano speranze che l'affermazione di quel principio con effetti del genere potesse incoraggiare, assieme agli sviluppi determinatisi nel far fronte alla pandemia da Covid-19, una sua applicazione con riferimento anche agli altri settori oggetto dell'integrazione europea (G. CONTALDI, *La solidarietà europea in campo economico ai tempi della pandemia da covid-19*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, p. 449).

A seguito di tutti gli sviluppi di cui sopra si poteva pensare che detta idea di una siffatta affermazione di una solidarietà in materia tra gli Stati membri dell'Unione e detta speranza si fossero attutate. È, però, iniziata una ricerca di fonti di approvvigionamento energetico alternative, che, per quanto riguarda l'Italia, ha dato luogo, ad esempio, agli intensi contatti che, previa una telefonata del Presidente del consiglio Mario Draghi con l'Emiro di quel Paese, il nostro Ministro degli esteri, dichiarando di lavorare, di concerto con

gli altri Stati membri, ad una strategia energetica europea, ha avuto con il Qatar. Questo Paese ha scoperto enormi quantità di gas naturale ed ha dichiarato di essere pronto ad intensificare la sua collaborazione con l'Italia e con l'Europa. Altre intensificazioni della collaborazione con i Paesi della sponda sud del Mediterraneo si stanno profilando. In occasione di una riunione straordinaria del Consiglio energia del 28 febbraio 2022 i ministri degli Stati membri hanno convenuto di prendere contatti coordinati con i vicini ed i partners internazionali fornitori d'energia al fine di garantire ulteriori importazioni di petrolio, di GNL e di ridurre la dipendenza dell'Unione da forniture russe; si è avuta, poi, un'iniziativa della Commissione dell'8 marzo 2022 intitolata RePower EU, di affrancamento dell'Unione dal gas russo prima del 2030 da realizzarsi mediante una proposta legislativa da presentare entro aprile prevedente che gli impianti di stoccaggio sotterranei in tutta l'UE siano riempiti per almeno il 90 % della capacità entro il 1° ottobre di ogni anno; infine, in occasione della loro riunione informale del 10 ed 11 marzo 2022 i Capi di Stato e di Governo hanno adottato la Dichiarazione di Versailles con cui hanno confermato tutti detti propositi.

5. Le pronunce del Tribunale dell'Unione e della Corte di giustizia sopra sintetizzate sono state poste in essere per chiarire, con riferimento specifico ai rapporti tra i Paesi dell'Europa dell'ovest e dell'est e tra gli operatori economici in essi attivi, i criteri a cui la Commissione deve improntare i poteri che il Trattato le affida per gestire la politica energetica dell'Unione. Nonostante l'intervento della Russia in Ucraina ed il fatto che sia stato constatato che il Nord Stream 2 è morto ed il potenziamento dell'utilizzazione di Nord Stream 1 da parte di OPAL sia stato bloccato, quell'attiva solidarietà che la Commissione è stata chiamata a far rispettare da parte di quegli Stati deve ritenersi sia, d'ora in poi, obiettivamente impraticabile? E si deve ritenere che il principio di solidarietà attiva, espresso nella pronuncia OPAL, continui a costituire un irrinunciabile pilastro della politica energetica dell'Unione, a cui questa debba ispirarsi nel fare, ora, fronte ai propri problemi tramite un'intensificata collaborazione internazionale?

Impone di dare una risposta positiva ad entrambi detti interrogativi il fatto che la direttiva 2009/73/CE disciplina la politica energetica in via generale e non con riferimento al suo svolgimento in relazione ad un'area specifica. Non vi è dubbio, però, che le modalità, a cui la Commissione e gli Stati membri d'ora in poi saranno tenuti in virtù del principio di solidarietà energetica, potranno ora essere più complesse rispetto a quanto esse siano state sin qui.