

IL CONTROLLO DEL GIUDICE SULL'AIR

Panel Autorità indipendenti

Roma - LUMSA

26 febbraio 2013



Il giudice e l'AIR: parametri ed elementi di valutazione

- Riferimenti normativi (leggi, regolamenti, soft law)
- Principio di proporzionalità
- Motivazione del provvedimento
- Consultazioni degli stakeholders

La giurisprudenza sull'AIR casistica e pronunce

➤ **Consultazione e motivazione**

- Tar Lazio, sez. I, 7 dicembre 2012, n. 10265
- Tar Lazio, sez. I, 10 ottobre 2012, n. 8381
- Tar Lazio, sez. I, 10 ottobre 2012, n. 8382
- Consiglio di Stato, Sezione VI, 27 luglio 2010, n. 4906
- Tar Lombardia, Sezione III, 11 maggio 2010, n. 1455
- Consiglio di Stato, sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215
- CdS, sez. VI, 11 aprile 2006 n. 2007
- Tar Lombardia, sez. IV, 10 luglio 2007 n. 5362
- Tar Lombardia, sez. IV, 23 aprile 2007, n. 1929
- Tar Lombardia, Sezione IV, 23 aprile 2007, n. 1930
- CdS, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972
- CdS, sez. VI, 1 ottobre 2002 n. 5105
- Tar Lazio, sez. II, 18 giugno 2007, nn. 5522/5523/5524

➤ **AIR e Consultazione**

- CdS, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 252
- Tar Lombardia, sez. III, 3 gennaio 2011 n. 1
- Tar Lombardia, sez. III, 2 maggio 2011, n. 1109
- **AIR (necessità di svolgere l'analisi)**
 - Tar Lazio, sez. III *ter*, 27 novembre 2006 n. 13198
- **AIR (mancanza di un modello AIR)**
 - CdS, sez. VI, 19 febbraio 2007 n. 823
 - Tar Lombardia, sez. IV, 5 giugno 2006 n. 1298
- **Poteri di regolazione**
 - CdS, sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 876
- **Principio di proporzionalità**
 - Tar Lombardia, sez. III, 27 aprile 2010, n. 6916

Stato dell'arte della giurisprudenza sull'AIR

I temi affrontati

- Accezione sostanzialistica di AIR
- Obbligatorietà dell'AIR
- Natura del potere esercitato in relazione al provvedimento su cui si effettua l'AIR
- Le consultazioni degli interessati
- Il principio di ragionevolezza tecnica

Accezione sostanzialistica di AIR (I)

- Per il g.a. è fondamentale accertare che le Autorità abbiano svolto le consultazioni con gli *stakeholders*
- I partecipanti alle consultazioni determinano gli esiti delle scelte regolatorie delle Autorità
- L’AIR potrebbe essere sostituita da una “relazione illustrativa” in cui siano messe in luce le conseguenze della regolazione sulle attività delle imprese e degli operatori, nonché sugli interessi di risparmiatori e investitori

(si vedano: Tar Lazio nn. 5524, 5523, 5522 del 2007 e Consiglio di Stato n. 5026/2008)

Rapporto tra obbligatorietà dell'AIR e natura del potere esercitato dall'amministrazione (II)

- Sussiste l'obbligo di effettuare l'AIR solo nel caso in cui venga adottata una misura regolamentare che rientri nella discrezionalità dell'amministrazione
- Escluso l'obbligo di effettuare l'AIR nel caso di attività vincolata dell'amministrazione

(si veda: Tar Lazio n. 13198/2006)

Il principio di ragionevolezza tecnica (III)

- Gli atti di regolazione delle Autorità sono espressione di valutazioni tecniche
- Limite del sindacato giudiziale sugli atti di regolazione: decisioni/misure in contrasto con il cd. principio di ragionevolezza tecnica
- Il giudice non può sostituire proprie valutazioni a quelle dell’Autorità: non è sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento, meramente opinabile
- Chi impugna deve dedurre l’esistenza di specifiche figure sintomatiche dell’eccesso di potere

(Consiglio di Stato n. 2521/2012)

Le consultazioni (IV)

- Garantiscono il diritto al contraddittorio procedimentale per l'acquisizione corretta ed imparziale degli interessi privati coinvolti nell'esercizio del potere di regolazione
- Le norme sul procedimento amministrativo non si applicano agli atti di regolazione (atti generali), ma resta necessaria la legittimazione dal basso del potere esercitato: consultazioni e motivazione servono a questo
- La ragionevolezza tecnica delle scelte di regolazione deve tenere conto dell'analisi del mercato e degli esiti delle consultazioni degli stakeholders e/o degli utenti
- La motivazione deve indicare la ragione per cui l'autorità ritiene di disattendere eventualmente l'esito delle consultazioni in ordine a necessità/sviluppi successivi.

I casi scelti

Tar Lombardia, Sez. III, n. 1455/2010 (I)

Fatto

Un'impresa impugna un provvedimento di regolazione dell'AEEG che ha introdotto nuove modalità di riconoscimento dei costi sostenuti per l'acquisto del gas, lamentando:

- a) Disapplicazione degli istituti di partecipazione al procedimento amministrativo;
- b) Carenza di motivazione del provvedimento

Decisione

Il Tar respinge il ricorso chiarendo che:

- nei procedimenti regolatori delle AI non si applicano le generali regole dell'azione amministrativa MA l'esercizio dei poteri regolatori è giustificato sulla base di un procedimento partecipativo
- lo strumento cardine è la CONSULTAZIONE:
 - Arricchisce la base conoscitiva;
 - Raccoglie il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati;
- nelle AI il diritto al contraddittorio procedimentale è declinato nelle forme previste dagli ordinamenti speciali di settore (ad esempio nella forma di *audit*), che garantiscono *“l'acquisizione corretta ed imparziale degli interessi privati coinvolti nell'esercizio del pubblico potere”*

I casi scelti

Consiglio di Stato, sez VI, n. 2521/2012 (II)

- il Consiglio di Stato decide una serie di ricorsi avverso alcune deliberazioni AEEG in materia di modalità di determinazione delle tariffe nel settore della distribuzione gas
- Il percorso motivazionale dell'AEEG è valutato dal CdS anche alla luce della Relazione Air espressamente richiamata
- La difesa AEEG si serve di alcuni passaggi della Relazione AIR per giustificare le proprie scelte regolatorie e dimostrare l'infondatezza delle censure
- Si precisano i limiti del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti, affermando che gli atti di regolazione sono sindacabili soltanto nel caso in cui si pongano in contrasto con il cd. principio di ragionevolezza tecnica
- Il giudice non può ripetere la valutazione tecnica: si servirà della Relazione AIR per valutare la linearità e la coerenza tra l'esito delle valutazioni e la misura adottata (sindacato debole)

Il principio di proporzionalità

Corte di Giustizia (I)

- **Manifesta inidoneità della misura rispetto allo scopo da perseguire**
- **il legislatore europeo dispone**, nell'ambito dell'esercizio delle competenze attribuitegli, **di un ampio potere discrezionale nei settori** in cui la sua azione richiede scelte di natura tanto politica quanto economica o sociale e **in cui è chiamato ad effettuare "valutazioni complesse"**.
- il Giudice dell'Unione **non può sostituire la propria valutazione** a quella del legislatore
- il legislatore, però, deve **basare le proprie scelte su criteri oggettivi** e verificare se gli obiettivi perseguiti dalla misura prescelta siano idonei a giustificare possibili conseguenze economiche negative
- per tali ragioni, in alcuni casi, **nel controllare la legittimità degli atti legislativi, con riferimento al rispetto del principio di proporzionalità, la Corte di Giustizia si è basata sulle informazioni e sui dati riportati nell'AIR** svolta dalla Commissione europea (cfr. cause C-58/08, *Vodafone*, sul *roaming* e C-176/09, *Lussemburgo*, in materia di diritti aeroportuali)

Il principio di proporzionalità CdS francese (II)

- **Sindacato stringente del giudice sulla proporzionalità tra misure adottate ed obiettivi/effetti**
- ***Theorie du bilan***: l'utilità di un determinato atto non deve essere verificata in astratto ma in concreto (**fine-mezzi-situazione di fatto**)
- **Arrêt del 14 ottobre 2011 n. 323257** intenso controllo di proporzionalità del giudice d'appello sull'AIR effettuata, ritenuta insufficiente per aver mancato di prendere in considerazione alcuni aspetti ambientali fondamentali, nonché per non aver giustificato il rifiuto di adottare una determinata procedura, atteso che tutte le altre alternative erano state scartate motivatamente
- **Autorità indipendenti - potere sanzionatorio**: sottoposte a controllo di proporzionalità pieno al punto che il giudice si sostituisce all'Ai (purché non modifichi in senso peggiorativo la sanzione)
- **Autorità indipendenti - potere regolatorio**: controllo di legalità e opportunità *estrinseca* della decisione

Prospettive e problemi aperti

- L'Air strumento o oggetto di valutazione da parte del giudice?
- Il giudice, per valutare il corretto svolgimento dell'Air, può arrivare a ripetere l'analisi d'impatto avvalendosi di ctu?
- La valutazione dell'opzione zero (no regulation): quale tutela per i diritti e gli interessi di utenti e stakeholders in assenza di regolazione del mercato?
- Come deve essere valutata l'errata applicazione dell'Air da parte del giudice?
- L'Air come motivazione dell'atto di regolazione: deve essere considerata sufficiente a spiegare le ragioni delle misure adottate?