

Regolazione e antitrust nelle *public utilities*, ovvero il “passo a due”*

di Claudio De Vincenti

1. Introduzione

I processi di liberalizzazione e riforma della regolazione nei servizi di pubblica utilità avviati nel nostro paese negli anni Novanta hanno ampliato il campo su cui si esercita l’azione di tutela della concorrenza propria dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM). Al tempo stesso hanno impresso una nuova impronta all’attività di regolazione, orientandola in senso fortemente pro-concorrenziale e quindi al perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico nei settori in questione attraverso la promozione attiva della concorrenza. Abbiamo così assistito, negli ultimi quindici anni, a una interazione crescente tra attività di regolazione e attività di tutela della concorrenza e tra i soggetti preposti all’una e all’altra funzione.

L’obiettivo di questo saggio è di ripercorrere alcuni momenti di questa interazione, per ricavarne qualche considerazione di carattere generale sul rapporto tra regolazione e tutela della concorrenza e sul ruolo che sono rispettivamente chiamate a giocare l’Autorità antitrust e l’Autorità di regolazione nell’assicurare il funzionamento efficiente dei mercati delle *public utilities*. Comincerò richiamando, nel prossimo paragrafo, alcuni casi antitrust affrontati dall’Autorità Garante in questi settori e le implicazioni che se ne possono trarre. Al riguardo ho scelto di concentrare l’attenzione su due settori, quello dell’energia che è caratterizzato dalla presenza di un’autorità indipendente di regolazione e quello dei trasporti, in cui tuttora manca una analoga autorità. Dal confronto tra queste due esperienze emergono alcune considerazioni di natura generale sul rapporto tra attività di regolazione e attività di tutela della concorrenza che vengono presentate nel paragrafo 3. Infine il paragrafo 4, che conclude questo saggio, cerca di precisare la distinzione di ruoli tra le due forme di intervento sui mercati, da cui discendono le distinte *mission* proprie di Autorità antitrust e Autorità di regolazione.

2. Evidenze da casi antitrust nelle *public utilities*

2.1. Energia elettrica e gas naturale

Non vi è qui naturalmente lo spazio per ricostruire la storia degli interventi a tutela della concorrenza realizzati dall’AGCM in questo comparto e dell’interazione con l’Autorità dell’energia elettrica e del gas (AEEG)¹. Mi limiterò quindi ad alcuni esempi, particolarmente utili per gli scopi di questo saggio. Riassumerò prima rapidamente i casi in questione, per poi ricavarne alcune indicazioni di merito.

2.1.1. Alcuni casi antitrust

* In corso di pubblicazione in C. Rabitti Bedogni e P. Barucci (a cura di), *Studi celebrativi del Ventennale dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, Giappichelli.

¹ Per una agile ma incisiva ricostruzione cfr. A. NOCE, *L’esperienza dell’Autorità garante della concorrenza nel settore dell’energia*, in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp. 457-487.

Il primo caso – Enel-Unapace² - risale all'avvio del processo di liberalizzazione del settore elettrico. Unapace (associazione dei produttori elettrici privati) aveva denunciato l'inserimento da parte di Enel a fine 1998 - alla vigilia quindi della prevista liberalizzazione del settore³ - di due clausole potenzialmente abusive nei contratti con alcuni grandi clienti industriali: una clausola che prevedeva per il contratto una durata triennale rinnovabile (contro la durata standard di un anno) e una clausola contenente un diritto di prelazione a favore di Enel nel caso di offerta migliorativa da parte dei concorrenti ("clausola inglese"). Quest'ultima, data la posizione dominante di Enel, rappresentava una evidente violazione dell'articolo 82 del Trattato CE (abuso di posizione dominante) ed è stata rimossa da Enel a seguito dell'avvio dell'istruttoria AGCM. La clausola di durata triennale configurava una condotta di tipo *pre-emptive*, anch'essa in violazione dell'articolo 82. L'AEEG, cui Unapace si era pure rivolta, è intervenuta con la Delibera 120 di fine 1998 stabilendo che i contratti con durata superiore all'anno e scadenza successiva al febbraio 1999 dovevano contenere il riconoscimento al cliente della facoltà di recesso unilaterale. Enel ha ottemperato alla delibera AEEG e si è impegnata con l'AGCM a stipulare da quel momento in avanti contratti con ampia libertà di uscita per i sottoscrittori. L'Antitrust ha così chiuso il caso senza comminare sanzioni a Enel.

Il secondo caso – Enel Trade-Clienti idonei⁴ - riguarda le clausole di esclusiva e fidelizzanti con cui Enel, negli anni precedenti l'avvio della Borsa elettrica (2000-2003), maggiorava il prezzo dell'energia necessaria a coprire le punte di consumo – energia "di modulazione" - per i clienti che con essa integravano i loro acquisti di energia di importazione volti alla copertura dei consumi non di punta. Nel corso del procedimento AGCM, l'Autorità dell'energia ha definito (Delibera 36/2002) nuove regole di bilanciamento e scambio di energia elettrica che permettevano ai clienti idonei di ritirare dal Gestore della rete, a fini di modulazione, energia elettrica di produzione nazionale a un prezzo regolamentato (compensandoli finanziariamente a un prezzo dato). La Delibera AEEG ha così eliminato la convenienza per Enel ad applicare le clausole di esclusiva e la società ha di conseguenza modificato le condizioni contrattuali ai clienti idonei. Con riferimento al periodo in cui le clausole erano rimaste in vigore, l'AGCM ha comminato a Enel una sanzione di 2,5 milioni di euro per violazione dell'articolo 82 del Trattato CE.

Questi primi due casi sono esempi di interventi dell'Autorità di regolazione consonanti con le valutazioni dell'Autorità garante della concorrenza. Il terzo caso che richiamo qui – il caso Tem/Stove⁵ - ha fatto registrare invece una decisione del regolatore rispetto alla quale l'Antitrust ha espresso una valutazione critica. Nella fase precedente l'avvio della Borsa elettrica, Enel e le tre Genco (le società costituite a seguito della cessione di alcune centrali Enel) avevano messo in atto un'intesa, il *Team Energy Management* (Tem), volta a consentire, attraverso uno scambio di informazioni giornaliero, la programmazione coordinata della produzione di energia elettrica da destinare all'Acquirente Unico per la copertura del mercato vincolato. L'intesa, notificata all'AGCM ai sensi dell'articolo 13 della legge 287/1990, violava l'articolo 81 del Trattato CE (divieto di intese restrittive della concorrenza). L'Autorità dell'energia, formulando a sua volta un giudizio negativo sul Tem dal punto di vista concorrenziale, lo sostituiva (Delibera 67/2003) con il Sistema Transitorio delle Offerte di Vendita di Energia (Stove), un meccanismo regolamentato di programmazione della produzione per il mercato vincolato. A giudizio dell'Autorità antitrust, lo Stove – pur risolvendo il problema costituito dallo scambio di informazioni tra imprese – istituzionalizzava un sistema di consultazione tra concorrenti e di valutazione congiunta tra le imprese dei costi di produzione. L'AGCM stabiliva pertanto che sia il Tem che lo Stove

² Provvedimento n. 7043, in AGCM *Bollettino* 13-14/1999.

³ Decreto legislativo n. 79/1999 (Decreto Bersani).

⁴ Provvedimento n. 12634, in AGCM *Bollettino* 48/2003.

⁵ Provvedimento n. 13268, in AGCM *Bollettino* 24/2004.

costituivano intese vietate ai sensi dell'articolo 81 del Trattato, autorizzando peraltro in deroga lo Stove fino all'avvio della Borsa elettrica il 1 aprile 2004.

Successivamente ai casi richiamati, l'avvio nel febbraio 2003 dell'indagine conoscitiva congiunta AEEG-AGCM sullo stato della liberalizzazione dei settori dell'energia elettrica e del gas naturale ha segnato una fase di più continua interazione e cooperazione tra le due autorità, che ha portato a una maggiore condivisione di analisi e a una maggiore coerenza degli interventi nei rispettivi ambiti⁶. Sono stati così per esempio avviati, a seguito di segnalazioni ricevute dall'AEEG (in base a istruttorie conoscitive effettuate dal regolatore sui mercati di propria competenza), procedimenti AGCM per ipotesi di abuso di posizione dominante da parte di Enel sul mercato della Borsa elettrica e da parte di Eni, tramite la controllata GNL Italia, nella gestione e utilizzo del proprio terminale di rigassificazione. Non mi soffermerò per motivi di spazio su questi e altri casi, limitandomi piuttosto a richiamare qui il procedimento AGCM nei confronti di Eni per il caso Ttpc⁷: la condotta abusiva oggetto del procedimento consisteva nel tentativo di limitare l'accesso di nuovi operatori sul mercato dell'approvvigionamento di gas naturale tramite le scelte di investimento della controllata Ttpc Ltd, che gestisce il transito sul gasdotto che trasporta il gas algerino in territorio tunisino. Tra il 2002 e il 2003 Ttpc aveva avviato il potenziamento del gasdotto e stipulato contratti di trasporto con quattro operatori concorrenti di Eni. Nella seconda metà del 2003 Eni decideva di rinviare il potenziamento e dichiarava risolti i contratti di trasporto sottoscritti. La decisione veniva motivata da Eni con la previsione di un eccesso di offerta di gas nel medio periodo (la cosiddetta "bolla di gas") che avrebbe messo a rischio i ritiri minimi previsti nei suoi contratti di importazione *take or pay*. Il procedimento AGCM ha potuto utilizzare i risultati dell'indagine congiunta con l'AEEG, in particolare la previsione delle criticità che, contrariamente alla tesi della "bolla", si sarebbero presto manifestate – come poi puntualmente accaduto - sul fronte degli approvvigionamenti a causa dell'insufficienza delle infrastrutture di trasporto esistenti. Il procedimento si è concluso valutando la condotta di Eni come abusiva in violazione dell'articolo 82 del Trattato, sanzionando Eni e deliberando che la società procedesse al potenziamento del gasdotto.

Il caso Ttpc è emblematico dei problemi posti dall'integrazione verticale interna al gruppo Eni della fase di trasporto e di quella di approvvigionamento e vendita del gas, integrazione che ha indotto a sua volta l'AEEG ad auspicare in più occasioni la separazione proprietaria delle fasi della filiera in monopolio naturale da quelle in concorrenza. A questo orientamento derivante dall'indagine conoscitiva congiunta, va anche ricondotta per quanto riguarda il settore elettrico la condizione posta dall'Autorità antitrust nell'autorizzare l'acquisizione da parte della Cassa Depositi e Prestiti (Cdp) del 29,99% di Terna (una volta unificata con il gestore della rete): l'obbligo di cessione da parte di Cdp della propria partecipazione in Enel (originariamente al 1 luglio 2007, ora al 1 luglio 2010).

Da ultimo, segnalo il caso Sorgenia (tuttora in corso), riguardante gli ostacoli posti alle procedure di *switching* da parte di alcune società di distribuzione locale di energia elettrica e di gas naturale⁸. Lo *switching*, ossia il cambio di fornitore da parte del cliente finale, è disciplinato da apposite delibere dell'AEEG. Sorgenia, società attiva nella generazione di energia elettrica e nella vendita di energia elettrica e di gas ai clienti finali, ha lamentato uno scarso rispetto da parte dei distributori della tempistica prevista dal regolatore per lo *switching*, una mancata attività di correzione di errori di comunicazione dati, una carenza dei necessari strumenti informatici. Nelle delibere di avvio della fase istruttoria, l'AGCM ha ritenuto che possa configurarsi un abuso di posizione dominante da parte delle società di distribuzione consistente nell'aver adottato comportamenti che, frapponendo ostacoli all'applicazione delle procedure di *switching* previste dal

⁶ Cfr. A. NOCE, *L'esperienza*, cit. p. 478 ss.

⁷ Provvedimento n. 15174, in *AGCM Bollettino* 5/2006.

⁸ Provvedimenti n. 19802/03/04 del 23 aprile 2009 e 19836/37 del 7 maggio 2009 di avvio delle relative istruttorie.

regolatore, risulterebbero finalizzati a proteggere le quote di mercato delle società di vendita con esse integrate verticalmente⁹. Anche in questo caso, non è inutile rilevare i rischi anticoncorrenziali derivanti dall'integrazione verticale tra attività di trasporto e attività di vendita.

2.1.2. Qualche considerazione

I casi richiamati, al di là delle specifiche fattispecie che ognuno di essi configura di violazione delle norme a tutela della concorrenza, presentano alcuni rilevanti elementi in comune.

Il primo è che, nei settori considerati, la presenza di un quadro di regole definite con normativa primaria – a cominciare dai decreti legislativi di liberalizzazione n.79/1999 (Decreto Bersani per l'energia elettrica) e n.164/2000 (Decreto Letta per il gas naturale) – costituisce il contesto necessario affinché nei segmenti a monte e a valle dei monopoli naturali costituiti dalle reti possa realizzarsi la concorrenza “nel” mercato e quindi la stessa azione dell'Autorità Garante possa dispiegarsi.

Il secondo, che sta sullo sfondo dei casi considerati, è che la concorrenza a monte e a valle delle reti, su cui si esplica la tutela antitrust, può attuarsi in quanto, con riferimento ai segmenti della filiera in monopolio naturale, l'Autorità di regolazione settoriale stabilisce con normativa secondaria prezzi e condizioni di accesso, i primi orientati ai costi e le seconde atte a “livellare il terreno di gioco” per le imprese in concorrenza nei segmenti a monte e a valle.

Ma i casi considerati evidenziano anche una interazione tra attività di regolazione e attività di tutela della concorrenza che si svolge in risposta all'evolvere dei comportamenti degli operatori sul campo stesso di gioco. I casi Enel-Unapace ed Enel Trade-Clienti idonei mostrano come, in concomitanza con l'istruttoria antitrust, l'intervento dell'Autorità di regolazione sull'insieme delle alternative di scelta a disposizione degli operatori nel mercato liberalizzato – proibizione delle clausole contrattuali di portata potenzialmente escludente nel primo caso, introduzione della possibilità di acquistare energia di modulazione dal Gestore della rete a prezzo regolamentato nel secondo – possa eliminare dall'insieme, o rendere non convenienti, le alternative di scelta che configurano comportamenti distorsivi della concorrenza. I rinvii all'AGCM da parte dell'AEEG dei possibili casi di abuso di posizione dominante sulla Borsa elettrica e nella gestione del rigassificatore GNL Italia, segnalano come, nonostante la definizione *ex ante* delle regole del gioco da parte del regolatore, residui una funzione essenziale dell'Autorità antitrust nel sanzionare possibili comportamenti anticoncorrenziali delle imprese in posizione dominante. Anche il caso Sorgenia-distributori segnala l'importanza della funzione di garante “di ultima istanza” propria dell'Antitrust¹⁰. A sua volta, il caso Ttpc indica come l'Autorità garante della concorrenza, sulla base del concetto di “speciale responsabilità” dell'impresa in posizione dominante, abbia potuto individuare un obbligo per Eni a non orientare il comportamento della controllata Ttpc in modo contrastante con gli impegni da questa volontariamente assunti¹¹, ottenendo così il risultato di rimuovere un comportamento anticoncorrenziale nella gestione di una infrastruttura in monopolio naturale collocata fuori del territorio italiano. Mentre il caso Cdp-Terna – autorizzazione dell'acquisizione del controllo di Terna da parte di un operatore, Cdp, che è anche azionista di rilievo di Enel - rientra nei compiti specifici dell'Antitrust ai sensi del Regolamento europeo 139/2004 sulla valutazione delle operazioni di concentrazione.

Infine, il caso Tem/Stove segnala una dialettica tra Autorità antitrust e Autorità di regolazione che non deriva da una diversità di valutazione circa le implicazioni anticoncorrenziali

⁹ Inoltre, le delibere di avvio dell'istruttoria hanno evidenziato anche un possibile comportamento abusivo a *switching* avvenuto, consistente nella fornitura discontinua o ritardata dei dati di consumo, comportamento che si configurerebbe come una condotta idonea a innalzare i costi dei nuovi entranti (*raising rivals' costs*).

¹⁰ Anche se, con riferimento a questo caso, va rilevato come probabilmente un intervento più tempestivo del regolatore avrebbe potuto rendere superfluo l'intervento antitrust.

¹¹ Cfr. A. NOCE, *L'esperienza*, cit. p. 482.

dell'accordo Tem né circa i difetti dal punto di vista concorrenziale del sistema Stove varato dal regolatore, ma da una importante diversità nelle *mission* delle due autorità riconducibile alla complessità della nozione di interesse pubblico nel campo dei servizi di pubblica utilità. Tornerò meglio su questo punto più avanti, nel paragrafo conclusivo. Qui anticipo come la tutela della concorrenza sia per l'Autorità Garante l'obiettivo che essa è tenuta a perseguire come prioritario rispetto ad altri possibili obiettivi dell'intervento pubblico, e come esso sia trasversale alla sua azione in tutti i mercati aperti alla concorrenza. Per l'Autorità di regolazione, invece, l'obiettivo della promozione della concorrenza deve coniugarsi con altri obiettivi pubblici, anch'essi presenti nei settori delle *public utilities*, tra cui quello di garantire la continuità del servizio per gli utenti. Di qui la decisione dell'AEEG, in attesa dell'avvio della Borsa elettrica, di assicurare comunque attraverso lo Stove la continuità delle forniture all'Acquirente Unico e quindi a quelli che erano all'epoca clienti vincolati (in particolare, le utenze domestiche). Non a caso l'AGCM, pur ribadendo il proprio giudizio critico sullo Stove, lo ha comunque autorizzato in deroga fino all'avvio della Borsa elettrica. Questo episodio semmai, e anche su questo tornerò meglio più avanti, conferma l'importanza di tenere distinte le due attività – regolazione e tutela della concorrenza – ponendole in capo a due autorità distinte: è essenziale che l'Antitrust possa comunque affermare senza mediazioni il punto di vista della tutela della concorrenza, ed è parimenti essenziale che l'Autorità di regolazione possa assumersi la responsabilità di contemperare il principio di concorrenza con l'interesse pubblico alla continuità di un servizio essenziale per la collettività.

2.2. Trasporti

Il comparto dei trasporti, per il quale manca in Italia un'autorità indipendente di regolazione, è composto da diversi settori soggetti a regolazione da parte di ministeri o agenzie nazionali – ferrovie, aeroporti, autostrade – o da parte di regioni ed enti locali – trasporto pubblico locale, trasporto su ferro, trasporto su gomma e trasporto marittimo a livello regionale. Anche con riferimento all'esperienza antitrust in questi settori mi limiterò a richiamare alcuni casi significativi, per ricavarne poi qualche considerazione di merito¹².

2.2.1. Alcuni casi antitrust

Comincerò dai casi AdR/Tariffe aeroportuali e SEA/Tariffe aeroportuali, conclusi dall'AGCM nell'autunno 2008¹³. L'associazione di vettori aerei IBAR (*Italian Board Airlines Representatives*) aveva segnalato all'Autorità Garante alcuni comportamenti di AdR, società che gestisce il sistema aeroportuale romano (Fiumicino e Ciampino), e di SEA, società che gestisce il sistema aeroportuale milanese (Malpensa e Linate), riguardanti la determinazione dei corrispettivi per l'utilizzo di spazi e infrastrutture aeroportuali strumentali alla fornitura di servizi di *handling* (servizi collegati alle operazioni di volo). In particolare, i comportamenti segnalati riguardavano i corrispettivi praticati dai due gestori aeroportuali agli *handler* (tra cui gli stessi vettori quando ricorrono all'autoproduzione del servizio) per l'utilizzo delle infrastrutture centralizzate, le *royalties* sulla fornitura di carburante, i corrispettivi per l'accesso ai beni di uso comune (*fee catering* e servizi di sicurezza supplementari) e quelli per la sub-concessione di spazi a uso ufficio.

¹² Per una analisi più generale delle problematiche di concorrenza e regolazione nel comparto dei trasporti, cfr. A. BOITANI, *Per una riorganizzazione competitiva del sistema dei trasporti*, in C. DE VINCENTI-A. VIGNERI (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Quaderni di Astrid, Il Mulino, Bologna, 2006 e M. SEBASTIANI, *Le infrastrutture di trasporto: programmazione, concorrenza, interesse pubblico*, in P.M. MANACORDA, *I nodi delle reti*, Libri di Astrid, Passigli Editori, Firenze, 2010.

¹³ Provvedimento n. 19020, in AGCM *Bollettino* 40/2008 e Provvedimento n. 19189, in AGCM *Bollettino* 45/2008.

Successivamente era pervenuta anche una segnalazione da parte di associazioni di operatori cargo relativa a possibili comportamenti abusivi dei due gestori aeroportuali nel settore cargo. L'istruttoria AGCM ha potuto far perno sulla metodologia di tariffazione stabilita dal CIPE con la Delibera 86/2000 (parzialmente modificata poi dalla Delibera 38/2007 per tener conto dei cambiamenti introdotti dalla legge 248/2005 nel quadro regolatorio definito dal precedente decreto legislativo 18/1999). In base a tale delibera i corrispettivi per l'utilizzo di spazi e infrastrutture strumentali alla fornitura di servizi di *handling* devono risultare orientati ai costi e a una normale remunerazione del capitale investito e seguire una dinamica di tipo *price-cap*. Ai contratti di programma tra Enac e gestori aeroportuali la delibera affidava il compito di stabilire per ogni gestore i livelli iniziali dei corrispettivi e la loro dinamica nel tempo. Al momento dell'istruttoria AGCM i contratti di programma non erano ancora entrati in vigore, in parte per la necessità di mettere a punto operativamente la metodologia e in parte per le modifiche normative successivamente intervenute a seguito della legge 248/05: quest'ultima ripristinava per alcune tariffe (in particolare i diritti di approdo e partenza), ma non per i corrispettivi oggetto della segnalazione, il principio cosiddetto del *single till* cui la delibera CIPE 86/2000 aveva invece preferito il *dual till*. Pertanto i corrispettivi per l'utilizzo di spazi e infrastrutture strumentali alla fornitura di servizi di *handling* continuavano a essere determinati unilateralmente dai gestori. Il riferimento alla metodologia CIPE e alla conseguente contabilità regolatoria impostata da Enac ha comunque consentito all'Autorità Garante una analisi dei costi dei due gestori aeroportuali che ha portato a distinguere, all'interno dei corrispettivi segnalati dalle parti, quelli per i quali si configurava effettivamente la fattispecie di "prezzi ingiustificatamente gravosi": non quelli per l'utilizzo delle infrastrutture centralizzate ma solo quelli riguardanti le *royalties* sulla fornitura di carburante e i corrispettivi per la sub-concessione di spazi per operatori *handler* cargo; nonché, per SEA, le *fee* applicate ai *caterer* e, per AdR, la tariffazione applicata agli operatori cargo per consentire il transito delle merci alla movimentazione. Per tali servizi, quindi, l'AGCM ha sanzionato AdR e SEA per abuso di posizione dominante "consistente nell'applicazione di corrispettivi non equi ed eccessivamente onerosi".

Per i servizi ferroviari richiamerò qui due casi - RTC-RFI¹⁴ e NTV-RFI¹⁵ – ambedue risolti con impegni. Il primo caso, concluso dall'AGCM nel novembre 2008, riguarda una possibile condotta escludente di FS (Ferrovie dello Stato), tramite la controllata RFI (Rete Ferroviaria Italiana), nel settore del trasporto merci. In particolare, Rail Traction Company (RTC), Nord Cargo (NC) e Railon Italia (RL), imprese ferroviarie (IF) operanti nel trasporto merci, avevano segnalato un possibile comportamento abusivo di FS consistente nella revoca sin dal giugno 2004, da parte di RFI, della concessione alle IF dello sconto K2 sul canone di accesso alla rete e nella richiesta, pena la risoluzione del contratto di accesso alla rete, della restituzione delle somme che le IF si erano autoridotte a titolo di sconto per il periodo 2004-06. Lo sconto K2 era stato concesso al momento della liberalizzazione dal DM 21 marzo 2000 43/T a parziale compensazione dei maggiori costi indotti per le IF dall'arretratezza tecnologica della rete, in specifico in relazione all'utilizzo delle sezioni di rete per le quali non sussistono le condizioni tecnologiche per la guida dei convogli con conducente unico. Lo sconto su quelle sezioni sarebbe venuto meno una volta che RFI avesse installato il sotto-sistema di terra per il controllo di marcia del treno e avesse emanato la regolamentazione tecnica per la circolazione ferroviaria ad agente unico, mentre era compito delle IF l'attrezzaggio dei treni con il corrispondente sotto-sistema di bordo. Al momento della revoca dello sconto, RFI aveva installato il sotto-sistema di terra mentre le IF erano in ritardo nell'attrezzaggio dei treni; peraltro, RFI non aveva ancora emanato il regolamento tecnico. Con decisione del 20 gennaio 2006, l'Ufficio per la regolamentazione dei servizi ferroviari del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti affermava l'obbligo per RFI di ripristinare lo sconto, ma RFI

¹⁴ Provvedimento n. 19116, in AGCM *Bollettino* 43/2008.

¹⁵ Provvedimenti n. 20392 e 20393, in AGCM *Bollettino* 42/2009.

impugnava la decisione di fronte al TAR (che al momento della conclusione dell'istruttoria AGCM non si era ancora pronunciato). L'ipotesi di abuso su cui l'Autorità Garante si è concentrata fa riferimento alla circostanza che, pur applicandosi la revoca dello sconto anche a Trenitalia, l'entità delle richieste di RFI e l'incertezza da esse prodotta poteva configurare una strategia del gruppo FS mirante a innalzare i costi dei nuovi entranti, che risultavano più pronti di Trenitalia a giovare del processo di completamento tecnologico della rete. In risposta all'apertura dell'istruttoria, FS e RFI hanno presentato un pacchetto di impegni, aggiornato successivamente e infine accettato dall'AGCM a chiusura del procedimento. Gli impegni prevedono in alternativa: un indennizzo diretto da RFI alle IF per un ammontare forfetario complessivo di 5,7 milioni di euro condizionato alla rinuncia da parte delle IF al contenzioso giurisdizionale in materia di K2 (cd Opzione 1); la fornitura a titolo gratuito alle IF di contributi di natura tecnica e di servizi di ingegneria finalizzati all'installazione dei sotto-sistemi di bordo, il tutto fino a una concorrenza di un valore pari a 5 milioni di euro e senza rinuncia al contenzioso (cd Opzione 2).

Il caso NTV-RFI, conclusosi nell'ottobre 2009, muove da una segnalazione di Nuovo Trasporto Viaggiatori (NTV), impresa ferroviaria che opererà nel trasporto passeggeri ad alta velocità dal 1 gennaio 2011. Nel settembre 2008 NTV segnalava all'Autorità Garante presunti comportamenti distortivi della concorrenza da parte di RFI, riconducibili al rinvio da quest'ultima opposto a due richieste di NTV: accesso e utilizzo del centro di manutenzione e delle infrastrutture tecniche costituenti l'Impianto Dinamico Polifunzionale del Nodo di Napoli; accesso agli spazi nelle stazioni per allestire servizi di vendita, informazioni e assistenza alla clientela. Su questa seconda richiesta l'AGCM ha ritenuto di non ravvisare alcun comportamento abusivo, in ragione del fatto che già nell'ottobre 2008 era stata avviata la trattativa tra NTV, RFI e le società Grandi Stazioni e Cento Stazioni per la definizione degli spazi in questione e che non si ravvisavano criticità che potessero ostacolare il buon esito della trattativa; i tempi del processo di negoziazione non sono stati considerati tali da costituire un ostacolo significativo per il nuovo entrante, soprattutto in ragione del fatto che mancavano ancora oltre due anni per l'effettivo ingresso nel mercato. Con riferimento alla richiesta di accesso all'Impianto di Napoli, RFI ha presentato l'impegno a mettere a disposizione di NTV un'area nel nodo di Napoli che NTV potrà attrezzare a centro manutenzione. L'AGCM ha accettato l'impegno, chiudendo l'istruttoria.

L'ultimo caso che mi è utile qui richiamare riguarda l'Organizzazione dei servizi marittimi nel golfo di Napoli¹⁶, conclusosi anch'esso nell'ottobre 2009. L'istruttoria dell'AGCM è stata avviata nel novembre 2008 a seguito di numerose segnalazioni da parte di rappresentanti degli utenti e di operatori turistici, che lamentavano i disservizi e il deterioramento delle condizioni economiche e della qualità dei servizi di trasporto marittimo nei golfi di Napoli e Salerno. Tali carenze, secondo i segnalanti, potevano essere la conseguenza di un coordinamento nelle condotte concorrenziali da parte delle principali compagnie di navigazione attive nei due golfi. Il provvedimento di avvio dell'istruttoria evidenziava come poche imprese, riconducibili a un numero ridotto di gruppi, coprono la maggior parte delle tratte, in genere senza sovrapporsi; e come esse siano sostanzialmente al riparo dalla competizione in quanto sottoposte alla sola pressione concorrenziale della compagnia pubblica Caremar, vincolata agli obblighi di servizio pubblico (OSP) previsti dalla convenzione con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e caratterizzata da una struttura dei costi non competitiva. Inoltre, il presunto coordinamento poteva essere stato favorito dalle strutture comuni create dalle imprese, a cominciare dal Consorzio Linee Marittime Partenopee (CLMP) che, in particolare, gestisce l'emissione di un "biglietto unico" valido per l'imbarco su tutti i mezzi delle imprese aderenti ed è sede di frequenti incontri e scambi di informazioni tra i vertici dei principali armatori privati. Nel corso dell'istruttoria la presunzione di coordinamento appariva confermata, anche al di là di quanto implicato da un quadro regolatorio di per sé ostativo della concorrenza. Quest'ultimo è caratterizzato da: sussidi forfetari e tariffe fissate

¹⁶ Provvedimento n. 20378, in AGCM *Bollettino* 41/2009.

indipendentemente dai costi per l'operatore pubblico Caremar; affidamento senza gara da parte della regione Campania dei servizi minimi soggetti a OSP ad armatori privati disposti a operare "a costo zero", cioè senza oneri per la regione, in cambio di un regime di autorizzazioni triennali per i servizi aggiuntivi che attribuisce priorità agli armatori già presenti sulla rotta interessata¹⁷; livello tariffario massimo fissato dalla regione ai prezzi praticati nel 2006 da Caremar e dagli armatori privati, modificabili dagli operatori solo previa autorizzazione della regione. A seguito dell'avvio dell'istruttoria, le compagnie di navigazione hanno presentato una serie di impegni: scioglimento del CLMP, limitazione delle attività comuni, eliminazione del "biglietto unico" tranne che sulle tratte da e per Capri (dove si ritiene che il "biglietto unico" faciliti le operazioni di imbarco e sbarco passeggeri, date le caratteristiche poco agevoli del porto), adozione della "Carta dei servizi" e di adeguate modalità di rimborso o recupero del biglietto nei casi di disservizio. Da parte dei comuni di Capri e Anacapri e di associazioni di utenti sono pervenute osservazioni critiche sulla adeguatezza degli impegni a risolvere i problemi a suo tempo segnalati. L'Autorità Garante, anche in virtù di ulteriori modifiche accessorie agli impegni, ha però deciso di accettarli e di chiudere il procedimento: li ha infatti valutati idonei a rimuovere i profili anticoncorrenziali imputabili alla autonoma responsabilità delle parti; la maggior parte delle problematiche emerse dalle segnalazioni e dalle osservazioni formulate dai comuni e dall'utenza (scarso o nullo ricorso alle gare, esigenza di un monitoraggio efficace sugli OSP, ecc.) sono da ricondurre al quadro regolamentare che ha cristallizzato gli assetti di mercato, sia sotto il profilo delle rotte che delle politiche tariffarie, riducendo di molto gli spazi di autonomia imprenditoriale; si tratta cioè di "elementi non modificabili mediante il solo operato delle parti".

2.2.2. Qualche considerazione

A confronto con quanto visto per i settori energetici, nel caso dei trasporti colpisce soprattutto l'inadeguatezza del quadro di regolazione. Non si tratta tanto, almeno nel trasporto pubblico locale e nel trasporto ferroviario, di inadeguatezze della normativa primaria, che a fine anni novanta – tramite il decreto legislativo 422/97 di riforma del trasporto pubblico locale (Decreto Burlando) e i DPR 277/98 e 146/99 nonché i decreti ministeriali del 2000 in materia ferroviaria – aveva comunque gettato basi sufficienti per la liberalizzazione e la riforma della regolazione in questi settori. Piuttosto, in tutti i casi sopra considerati è evidente una applicazione "monca" delle possibilità offerte dalla normativa primaria e la debolezza e contraddittorietà del quadro regolatorio fornito dalla normativa secondaria. Si sconta qui l'assenza di un'Autorità di regolazione dei trasporti che avrebbe potuto guidare i processi di apertura dei mercati sia con riferimento alla concorrenza "nel" che a quella "per" il mercato, stabilire regole di tariffazione e di accesso per i monopoli naturali, definire modalità di compensazione per gli oneri di servizio pubblico compatibili con la concorrenza.

In un contesto regolatorio tanto lacunoso, la stessa azione dell'Antitrust, per quanto meritoria, deve accontentarsi di risultati modesti anche sul terreno che le è proprio, ossia la tutela della concorrenza. Naturalmente il caso più eclatante a questo riguardo è quello del trasporto marittimo nel golfo di Napoli. Come la stessa Autorità Garante sottolinea nel Provvedimento che conclude l'istruttoria, il suo intervento può solo rimuovere i profili anticoncorrenziali imputabili alla autonoma responsabilità delle parti, ma la sostanziale assenza di concorrenza e i riflessi che ne derivano per gli utenti del servizio derivano da un assetto regolatorio, in specie regionale, che ha ingessato il mercato rifiutando di ricorrere all'affidamento a gara dei servizi, sollecitato dal decreto legislativo 422/97, e contrattando nei fatti la fornitura di servizi minimi in cambio di un regime autorizzatorio protezionistico per i servizi aggiuntivi.

¹⁷ Solo una parte minore dei servizi minimi, quella relativa al cd "Metrò del Mare", è stata affidata mediante gara.

L'assenza di un regolatore autorevole e tecnicamente attrezzato è poi il tratto che contraddistingue i due casi ferroviari sopra richiamati. Nel primo, relativo al trasporto merci, colpisce la mancanza di un qualsiasi potere di *enforcement* da parte del regolatore ministeriale nei confronti di Rete Ferroviaria Italiana. In questa situazione, l'Autorità Garante ha fatto del suo meglio ottenendo impegni significativi da parte di RFI, ma tempi ben più brevi di risoluzione della controversia ed effetti ben più incisivi nella messa a regime delle nuove tecnologie, con i loro positivi effetti sull'utenza, si sarebbero ottenuti in presenza di un'Autorità di regolazione dotata degli strumenti di indagine e sanzione necessari. Circa i tempi, rileva poi il fatto che le IF segnalanti abbiano alla fine preferito non scegliere la cosiddetta Opzione 1 (indennizzo forfetario da parte di RFI e rinuncia al contenzioso giurisdizionale da parte delle imprese ferroviarie) e mantenere aperto il contenzioso. Il che, al di là delle responsabilità di FS e RFI, induce a qualche "cattivo pensiero" sulla linearità di condotta delle IF. Infine, anche in questo caso, come già per Eni, non si può non rilevare come il presupposto di un possibile comportamento abusivo di FS risieda nel permanere di una integrazione verticale al suo interno tra la società che gestisce il monopolio naturale costituito dalla rete e la società che gestisce i servizi di trasporto.

Il caso NTV poi è piuttosto singolare. Una delle due segnalazioni effettuate all'Autorità Garante il 4 settembre 2008, quella riguardante il rinvio opposto da RFI alla richiesta di spazi nelle stazioni, si è rivelata infondata: alla richiesta formulata da NTV il 26 giugno 2008, RFI aveva già risposto il 18 luglio assicurando che avrebbe convocato la società entro il mese di ottobre, come poi effettivamente accaduto. La trattativa ha poi seguito i consueti canali senza che emergessero criticità significative, tenendo anche conto che mancavano ancora oltre due anni per l'effettivo ingresso di NTV nel mercato. Ma anche l'altra segnalazione, quella circa l'accesso al centro di manutenzione di Napoli, lascia perplessi: NTV ha da tempo programmato di attrezzare a centro di manutenzione un'area che ha a disposizione nel comune di Nola, ed è quanto sta facendo anche ora che ha ottenuto tramite il procedimento AGCM l'impegno di RFI a mettere a disposizione un'area nel nodo di Napoli. In questa luce, l'impianto di manutenzione di Napoli difficilmente può essere considerato una *essential facility* cui l'impresa ferroviaria ha diritto ad accedere, dato che non è soddisfatto il requisito di "non duplicabilità" proprio della *essential facility*. Il caso NTV allora deve suonare come un piccolo "campanello di allarme" per l'Autorità Garante: la procedura di soluzione con impegni, che se accettati consentono all'Antitrust di concludere un procedimento senza dover condurre l'istruttoria fino in fondo, ha evidenti vantaggi in termini di costi amministrativi e, qualche volta, di rapidità di soluzione; ma contiene *in nuce* il rischio di indurre qualche operatore a presentare, contando sull'interruzione anticipata dell'istruttoria, segnalazioni infondate a carico della controparte, ossia segnalazioni di condotte della controparte che a un'analisi approfondita risulterebbero in realtà non abusive. Anche in questo caso, è chiaro che un'Autorità di regolazione forte, cui l'impresa ferroviaria debba inizialmente segnalare un eventuale comportamento scorretto di RFI, avrebbe le informazioni e gli strumenti per risolvere il caso rapidamente e, ove necessario, imporre a RFI di accettare l'accesso.

Per concludere, consoliamoci – almeno un po' – con il primo dei casi sopra richiamati, quello riguardante l'utilizzo delle infrastrutture aeroportuali per i servizi di *handling*. In questo caso, per quanto il quadro regolatorio sia lacunoso come segnala in particolare il fatto che manchine - o non siano stati ancora approvati dai Ministeri competenti - i contratti di programma tra Enac e gestori aeroportuali, l'AGCM ha comunque potuto affrontare un caso complesso facendo leva sulla metodologia tariffaria e sulla conseguente contabilità regolatoria varata a suo tempo dal CIPE. Almeno sul terreno metodologico, quindi, ha potuto contare su uno strumento regolatorio che le ha consentito di "dipanare la matassa". La consolazione è purtroppo molto modesta se, al di là del caso esaminato, guardiamo allo stato complessivo del settore aeroportuale: l'assenza di un'Autorità di regolazione indipendente ha comportato per un verso tempi lunghi nella definizione operativa della metodologia e, per altro verso, ha lasciato il campo aperto a un intervento legislativo (legge 248/05) che ha toccato una importante questione di metodologia tariffaria - che avrebbe dovuto quindi

restare affidata alle norme secondarie varate dal regolatore - quale la scelta tra *dual till* e *single till*. Il risultato è stato un percorso ondivago nella definizione dei contratti di programma, che ha lasciato il settore tuttora sostanzialmente privo di una adeguata regolazione. Lo stesso intervento dell'AGCM sui corrispettivi praticati da AdR e SEA per l'utilizzo delle infrastrutture aeroportuali per i servizi di *handling* testimonia la carenza del quadro regolatorio: ove i contratti di programma tra Enac e gestori fossero stati definiti e applicati, i corrispettivi in questione sarebbero stati già allineati ai costi e l'intervento *ex post* dell'AGCM non sarebbe stato necessario.

3. Qualche lezione dall'esperienza

Tirando le somme delle considerazioni svolte fin qui e mettendo a confronto l'interazione tra AGCM e soggetti responsabili della regolazione nei due comparti, energia e trasporti, possiamo ricavare alcune considerazioni di carattere generale sul rapporto tra attività di regolazione e attività di tutela della concorrenza.

La prima è che nei settori delle *public utilities* l'intervento dell'Autorità Garante, volto a rimuovere i profili anticoncorrenziali imputabili alla autonoma responsabilità delle parti (intese e abuso di posizione dominante, nonché operazioni di concentrazione in grado di ridurre la concorrenza), non può che attuarsi sulla base del contesto regolatorio definito per tali settori dalla normativa primaria e secondaria. Di conseguenza, i risultati dell'intervento antitrust saranno tanto più efficaci dal punto di vista del ripristino di condizioni concorrenziali che siano state pregiudicate dal comportamento degli operatori quanto più il contesto regolatorio è in sé adeguato a promuovere e mantenere un assetto concorrenziale dei mercati.

La conferma più evidente viene proprio dal confronto tra i risultati dell'azione di tutela della concorrenza svolta dall'AGCM nei settori energetici e quelli, inevitabilmente più modesti, conseguiti nel comparto trasporti. Nei settori dell'energia elettrica e del gas, l'azione dell'Autorità Garante ha potuto realizzarsi sulla base di un quadro di regole definite con normativa primaria che disegnano un contesto di mercato a monte e a valle delle reti sufficientemente concorrenziale, sostenuto poi dall'attività di regolazione pro-concorrenziale di prezzi e condizioni di accesso alle reti realizzata dall'AEEG. Una situazione ben diversa si presenta nel comparto dei trasporti e ciò non tanto per le lacune, che pure ci sono, della normativa primaria quanto per l'assenza di un soggetto regolatore indipendente che ne sostenga al meglio l'attuazione in funzione pro-concorrenziale. Un soggetto che deve quindi essere dotato dei necessari poteri di definizione ed *enforcement* delle norme secondarie in materia di tariffe, obblighi di servizio pubblico e relative compensazioni, condizioni di accesso alle reti, promozione e disegno delle gare per l'affidamento dei servizi.

Fin qui siamo alla classica distinzione tra definizione *ex ante* delle regole di funzionamento dei mercati da parte della regolazione e intervento *ex post* dell'Autorità antitrust volto a ripristinare condizioni concorrenziali quando pregiudicate dal comportamento delle imprese: il contesto regolatorio – fatto di norme primarie e secondarie – definisce il campo e le regole del gioco concorrenziale che trova poi nell'Autorità antitrust il necessario garante “di ultima istanza”. Ma i casi considerati nel paragrafo precedente evidenziano anche come la relazione tra attività di regolazione e attività antitrust sia in realtà più complessa della semplice distinzione tra intervento *ex ante* e intervento *ex post*. Una volta definiti campo e regole del gioco, emerge infatti una interazione tra attività di regolazione e attività di tutela della concorrenza in risposta all'evolvere dei comportamenti degli operatori sul terreno stesso di gioco.

Al riguardo, abbiamo visto per esempio come l'intervento dell'AEEG sull'insieme delle alternative di scelta a disposizione degli operatori possa eliminare dall'insieme - o, arricchendo l'insieme, rendere non convenienti - le alternative di scelta che configurano comportamenti

distorsivi della concorrenza (casi Enel-Unapace ed Enel Trade-Clienti idonei). Si è trattato, nei casi esaminati, di interventi *ex post*, dettati dai comportamenti osservati, anche se comunque precostituenti regole che hanno anche valore *ex ante* per i comportamenti futuri. Peraltro, come testimoniano i rinvii all'AGCM da parte dell'AEEG per le possibili condotte abusive sulla Borsa elettrica o nell'accesso al rigassificatore GNL, nonostante la definizione *ex ante* di regole pro-concorrenziali da parte del regolatore resta in capo all'Autorità antitrust un ruolo essenziale di ripristino di condizioni concorrenziali quando, nel quadro delle regole stabilite, gli operatori riescano ad adottare comunque comportamenti lesivi della concorrenza. Come pure abbiamo visto che l'Antitrust, intervenendo *ex post* sul rinvio del potenziamento del gasdotto Ttpc in coerenza con i risultati dell'indagine conoscitiva svolta con l'AEEG, ha nei fatti modificato scelte di investimento di rete che finiscono per avere un valore *ex ante* di promozione della concorrenza tra operatori nell'approvvigionamento e vendita di gas. Il caso Cdp-Terna si inquadra a sua volta nella funzione, questa tipicamente *ex ante*, propria dell'Autorità antitrust di autorizzazione o meno delle concentrazioni.

E' questo tipo di interazione in risposta all'evolvere dei comportamenti che è sostanzialmente mancata nel comparto trasporti. Nei casi AdR e SEA l'AGCM si è trovata a dover intervenire, in modo peraltro brillante, su una situazione di "vuoto" regolatorio, in quanto mancavano i contratti di programma che avrebbero dovuto stabilire corrispettivi già di per sé orientati ai costi per l'uso di infrastrutture per i servizi di *handling*. Il caso del trasporto marittimo nel golfo di Napoli segnala poi una sostanziale incomunicabilità, non certo per responsabilità dell'Autorità antitrust, con il regolatore regionale che ha precostituito e mantiene in essere un assetto regolatorio ostativo della concorrenza. Infine, i casi RTC-RFI e NTV-RFI indicano una inadeguatezza del regolatore ministeriale nel monitorare l'applicazione delle regole e nell'assicurarne l'*enforcement*, inadeguatezza che ha spinto l'AGCM a svolgere una funzione di supplenza, peraltro con risultati sostanzialmente deludenti. Piuttosto questi due casi, in particolare il secondo, evidenziano un rischio di cui sarebbe bene che quella funzione di supplenza fosse consapevole: il ricorso allo strumento degli impegni – strumento che riduce i costi amministrativi e dovrebbe accelerare i tempi di risoluzione della controversia ma che è di per sé al confine con l'attività regolatoria – può indurre comportamenti opportunistici da parte di imprese segnalanti che puntino a sfruttare il potere di *moral suasion* dell'AGCM sulla controparte, la quale potrebbe essere indotta a privilegiare la chiusura anticipata con impegni anche quando il completamento del procedimento istruttorio finirebbe per accertare l'assenza di violazioni della disciplina della concorrenza.

Sulla base delle considerazioni avanzate, la distinzione tra attività di regolazione e attività di tutela della concorrenza non risiede solo, né tanto, sulla natura *ex ante* della prima ed *ex post* della seconda, quanto in una distinzione di funzioni – l'obiettivo finale essendo per ambedue il funzionamento efficiente dei mercati dal punto di vista del benessere sociale¹⁸ - che ai due tipi di intervento sono demandate e quindi in una distinzione tra le *mission* che caratterizzano rispettivamente Autorità antitrust e Autorità di regolazione.

A una riflessione su questa distinzione è dedicato il paragrafo successivo, che conclude questo saggio. Qui vorrei ancora richiamare un'altra lezione che ci viene dai casi esaminati più sopra. Mi riferisco al fatto che il mancato completamento dell'assetto istituzionale di regolazione nei settori ancora privi di autorità indipendenti accentua l'incertezza del quadro regolatorio e porta con sé anche rischi di ritorno all'indietro. Nel settore aeroportuale, come abbiamo visto, il quadro regolatorio è rimasto a lungo molto incerto, con i contratti di programma che hanno dovuto essere riformulati alla luce di un intervento legislativo (la legge 248/05) che ha ribaltato, per le tariffe di

¹⁸ Su questo obiettivo finale e sulla non completa coincidenza tra obiettivo del benessere sociale e obiettivo del benessere dei consumatori, cfr. la definizione di politiche della concorrenza proposta in M. MOTTA-M. POLO, *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 31 ss.

approdo e partenza, un principio fondamentale dal punto di vista del loro corretto orientamento ai costi, quello del *dual till*, che era stato indicato dalla delibera CIPE 86/00. Nel settore ferroviario, la determinazione delle tariffe di pedaggio sulla rete è effettuata da RFI senza una effettiva capacità di controllo da parte del regolatore ministeriale, il che implica incertezza per gli operatori ferroviari, come segnala la vicenda dello sconto K2, e segna un arretramento dell'efficacia della regolazione sulla tariffa chiave di accesso al monopolio naturale costituito dall'infrastruttura. Altri esempi si potrebbero portare per altri servizi e settori qui non considerati, a partire da quello autostradale segnato da una situazione di allarmante debolezza del regolatore¹⁹. Del resto, la teoria economica della regolazione ha evidenziato da tempo le ragioni di intrinseca debolezza di una regolazione attuata da amministrazioni non indipendenti dal potere politico: carenza di *commitment* del regolatore²⁰, prevalenza di schemi di incentivo a basso potenziale²¹, rischio di "cattura" del regolatore²². In conclusione, il completamento del quadro di autorità indipendenti di regolazione è ormai urgente nel nostro paese²³.

4. Due funzioni, quindi due *mission* distinte

Prima di entrare nel merito, a conclusione di questo saggio, della distinzione tra le *mission* proprie dell'Autorità antitrust e dell'Autorità di regolazione, è necessaria una premessa. Sappiamo che, in passato, l'attività di regolazione ha assunto spesso forme che non favorivano la concorrenza. E, del resto, tuttora non mancano esempi al riguardo: ne abbiamo giusto incontrato uno quando abbiamo esaminato il quadro regolatorio dei servizi marittimi nel golfo di Napoli che, non a caso, abbiamo considerato ostativo della concorrenza. Ma, come mostra la prassi regolatoria delle Autorità indipendenti nel nostro e in altri paesi, la situazione è in larga misura cambiata. Il fatto è che gli sviluppi fatti registrare dalla teoria economica della regolazione negli ultimi trent'anni hanno portato a una concezione fortemente pro-concorrenziale del ruolo della regolazione e alla elaborazione conseguente della "cassetta degli attrezzi" a disposizione del regolatore²⁴: metodologie di tariffazione per i monopoli naturali che, come nel caso del *price-cap*, cercano di approssimare per via regolatoria risultati simili a quelli tipici della concorrenza, scremando la rendita del monopolista e al tempo stesso incentivandone la tensione all'efficienza; regolazione di prezzi e condizioni di accesso all'infrastruttura di rete in modo da garantire il dispiegarsi della concorrenza "nel" mercato tra gli operatori che quella infrastruttura utilizzano; forme di affidamento in concessione che rendano contendibile il diritto a gestire il servizio – concorrenza "per" il mercato - e forme di regolazione delle modalità di copertura degli oneri di servizio pubblico che riducano al minimo i rischi di "trascinamento" dei sussidi da parte dell'impresa nelle attività in cui essa opera in condizioni di concorrenza "nel" mercato.

Veniamo così alle due distinte *mission* proprie dell'Autorità antitrust e dell'Autorità di regolazione. Partiamo dalle funzioni dei due tipi di autorità quali sono definite, per esempio, nelle

¹⁹ Sulle conseguenze negative dell'assenza di autorità di regolazione indipendenti in alcuni settori delle nostre *public utilities*, sia consentito il rinvio a C. DE VINCENTI, *Chi ha paura delle autorità indipendenti?*, in E. BARUCCI-C. DE VINCENTI-M. GRILLO, *Idee per l'Italia. Mercato e Stato*, Francesco Brioschi Editore, Milano, 2010, pp. 15-25.

²⁰ Cfr. J.E. STIGLITZ, *The Private Uses of Public Interests: Incentives and Institutions*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1998, vol. 12, pp. 3-22.

²¹ Cfr. A. DIXIT, *The Making of Economic Policy*, The MIT Press, Cambridge (Ma), 1996.

²² Cfr. D. MARTIMORT, *The Multiprincipal Nature of the Government*, in *European Economic Review*, 1996, vol. 40, pp. 673-685 e J.J. LAFFONT, *Incentives and Political Economy*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

²³ Sulle ragioni dell'indipendenza, cfr. M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'ALBERTI-A. PAJNO, *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Quaderni di Astrid, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 11-26.

²⁴ Per una ricostruzione di questi sviluppi, sia consentito il rinvio a C. DE VINCENTI, *L'economia della regolazione: una triangolazione per orientarsi*, in G. BONIFATI-A.M. SIMONAZZI (a cura di), *Il ritorno dell'economia politica. Saggi in ricordo di Fernando Vianello*, Donzelli Editore, Roma, 2010, pp. 221-237.

leggi che nel nostro paese hanno istituito l’Autorità garante della concorrenza e del mercato (legge 287/1990) e l’Autorità per l’energia elettrica e il gas (legge 481/1995)²⁵. Per l’AGCM la legge prevede i seguenti compiti: applicazione delle regole antitrust che vietano le intese restrittive della concorrenza e l’abuso di posizione dominante; controllo preventivo delle operazioni di concentrazione, per evitare che da esse derivi una riduzione sostanziale e durevole della concorrenza; segnalazione al Parlamento, al governo e alle amministrazioni interessate dei casi in cui le regole vigenti o in via di adozione comportano distorsioni nel funzionamento dei mercati. Per l’AEEG la legge stabilisce le seguenti finalità (art. 1): la promozione della concorrenza e dell’efficienza nei settori di competenza; la garanzia di adeguati livelli di qualità; la diffusione e fruizione dei servizi; la definizione di un sistema tariffario certo e trasparente; la tutela degli interessi di utenti e consumatori. A questi fini, l’Autorità esercita (art. 2) una funzione di regolazione, attraverso atti normativi che definiscono le regole di funzionamento del mercato – tra cui, condizioni tecniche ed economiche (tariffe) di accesso e interconnessione alle reti, separazione contabile e amministrativa tra le attività svolte dalle imprese verticalmente integrate, livelli di qualità dei servizi – e una funzione di controllo e di *enforcement*, attraverso provvedimenti individuali diretti a verificare e assicurare il rispetto delle regole. Infine, svolge una funzione consultiva attraverso proposte, segnalazioni e pareri indirizzati a governo e Parlamento.

Le funzioni ora riassunte consentono di chiarire abbastanza agevolmente la distinzione tra le *mission* proprie dei due tipi di autorità. Propedeuticamente non è inutile ricordare che per il corretto funzionamento di tutti i mercati, e non solo di quelli delle *public utilities*, svolge un ruolo essenziale la definizione, da parte dei pubblici poteri, del quadro di regolamentazione generale tramite le norme che presiedono all’attribuzione dei diritti di proprietà e al loro trasferimento attraverso le transazioni di mercato. Nei mercati diversi dalle *public utilities* – o più in generale nei settori in cui non ci sono monopoli naturali e limitata è la presenza di asimmetrie informative, esternalità e *merit goods* – quel quadro generale di regolamentazione costituisce il contesto entro il quale la concorrenza, supportata dall’intervento antitrust, può trovare modo di affermarsi e di produrre risultati efficienti dal punto di vista del benessere sociale.

Nei servizi di pubblica utilità la presenza di monopoli naturali e di obblighi di servizio pubblico (riconducibili alle caratteristiche di esternalità e meritorietà inerenti a questo tipo di servizi) implica che quella regolamentazione di natura generale debba essere integrata da una regolamentazione di carattere settoriale. Quest’ultima, disposta nelle sue linee generali con normativa primaria, viene poi tradotta in pratica dalla regolazione specifica operata dall’Autorità di settore attraverso la definizione di prezzi, condizioni di accesso alle reti, contabilità regolatoria, indicatori di qualità per l’impresa che gestisce il monopolio naturale e/o è sottoposta a obblighi di servizio pubblico. In altri termini, ed è questa la *mission* che la caratterizza, l’Autorità di regolazione, per le caratteristiche tecnico-economiche e per le finalità di interesse economico generale che caratterizzano un settore di pubblica utilità, è chiamata a integrare la normativa primaria con propri atti normativi e amministrativi in grado di aderire alle specificità del settore regolato e di adeguarsi dinamicamente all’evoluzione del mercato. Due i punti da sottolineare a questo riguardo: (i) in assenza di regolazione, la presenza di monopoli naturali comprometterebbe sia il conseguimento di una allocazione delle risorse efficiente dal punto di vista del benessere sociale sia la promozione della concorrenza nei mercati a monte e a valle del monopolio naturale; (ii) l’esigenza di imporre obblighi di servizio pubblico che il mercato da solo non sarebbe in grado di soddisfare necessita di regole di applicazione e di compensazione che ne riducano al minimo i potenziali effetti distorsivi del gioco concorrenziale. Quest’ultimo punto evidenzia poi come

²⁵ Per una dettagliata analisi delle competenze delle due autorità, cfr. da ultimo G. BUZZONE-A.SAJIA, *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, e F. SCLAFANI-L. ZANETTINI, *L’Autorità per l’energia elettrica e il gas*, ambedue in M. D’ALBERTI-A. PAJNO, *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l’economia*, Quaderni di Astrid, Il Mulino, Bologna, 2010.

l'azione dell'Autorità di regolazione debba perseguire l'efficiente funzionamento dei mercati in un quadro complesso, in cui dal punto di vista del benessere sociale l'efficienza si rapporta in via diretta, e non solo indirettamente come in altri mercati, a obiettivi giudicati di interesse generale. Di qui l'esigenza per il regolatore di perseguire la promozione della concorrenza in rapporto al conseguimento di obiettivi di diffusione e fruizione dei servizi e di tutela degli interessi di utenti e consumatori del servizio.

Per converso, la *mission* dell'Autorità antitrust si caratterizza, rispetto al regolatore, per due elementi essenziali: (i) il suo carattere non settoriale ma trasversale a tutti i mercati; (ii) la funzione di "garanzia" del principio generale di libera iniziativa economica. I suoi interventi, che abbiano carattere *ex post* o *ex ante*, rispondono a queste due caratteristiche e garantiscono che nelle *public utilities*, come negli altri mercati, vengano sanzionati eventuali comportamenti anticoncorrenziali che gli operatori riescano a mettere in atto pur nel quadro di regole stabilito dal regolatore. In questo senso ho parlato più sopra di un ruolo di "garanzia di ultima istanza" che solo l'Antitrust può svolgere, in quanto non condizionata da esigenze di bilanciamento con altri obiettivi dell'intervento pubblico²⁶. Emblematica, al riguardo, la dialettica tra Autorità Garante e Autorità di regolazione nel caso Tem/Stove richiamato in precedenza nel paragrafo 2: il regolatore ha dovuto tener conto dell'esigenza di tutelare, nel periodo transitorio che precedeva l'avvio della Borsa elettrica, gli utenti "vincolati" assicurando comunque attraverso il meccanismo Stove la fornitura di energia all'Acquirente Unico; l'Antitrust, pur autorizzando in deroga lo Stove fino all'avvio della Borsa elettrica, non poteva non rimarcare la violazione che esso implicava del divieto di intese. Al di là del merito delle decisioni prese, questa dialettica, che deriva proprio dalle diverse *mission* delle due autorità, ha ai miei occhi un valore in sé: considero essenziale che l'Antitrust possa sempre svolgere il suo ruolo di garanzia della concorrenza senza attenuazioni di sorta. A conferma di quanto ciò sia importante, ricordo come il giudizio critico espresso dall'AGCM anche sul sistema Stove abbia contribuito a superare i ritardi nell'avvio della Borsa elettrica e quindi le condizioni oggettive che limitavano la possibilità di promuovere il gioco concorrenziale.

Per concludere, i casi antitrust considerati in questo saggio confermano come tanto l'attività di regolazione che quella di tutela della concorrenza, nonché l'interazione tra le autorità preposte a queste due funzioni, siano essenziali per l'efficiente funzionamento dei mercati dei servizi di pubblica utilità. Mi piace perciò concludere ricordando la metafora del *pas de deux* utilizzata nel febbraio 2006 dall'allora Commissario Europeo alla Concorrenza Neelie Kroes per delineare i rapporti tra Direzione Concorrenza e Direzione Energia e Trasporti della Commissione: "*neither of the two can do the dance alone*"²⁷. In effetti, come mostrano le differenti esperienze vissute dall'Autorità Garante nei due comparti - energia e trasporti - esaminati in questo saggio, per eseguire un *pas de deux* è proprio necessario essere in due.

²⁶ Sulla distinzione tra autorità di regolazione e autorità di garanzia, cfr. G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e Autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997.

²⁷ Riportata in A. NOCE, *L'esperienza*, cit., p. 487.