

LA POSIZIONE DOMINANTE NELLA GENERAZIONE DELL'ENERGIA ELETTRICA. UN'IPOTESI DI STUDIO SUI POTERI DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Sommario. 1. Premessa. 2. La definizione del mercato rilevante 2.1 Il mercato del prodotto. 2.2 Il mercato geografico dell'energia elettrica. 3. La definizione della posizione dominante. 3.1 (segue) nella generazione dell'energia elettrica. 4. I poteri dell'AGCM sugli abusi di posizione dominante ex art. 15, l. 287/90 e quelli ex art. 8, d.lgs. n. 79/99.

ABSTRACT

Il lavoro analizza l'impatto l'art. 8 del Decreto Bersani (d.lgs. n. 79/99), di liberalizzazione del mercato italiano dell'energia elettrica, sui poteri sanzionatori di cui dispone l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato (AGCM) nella repressione degli abusi di posizione dominante.

Questa norma impone alle imprese elettriche il divieto, a partire dal 1.1.2003, di produrre o importare in Italia più del 50% dell'energia elettrica del totale dell'energia elettrica prodotta e importata in Italia (cd. "tetto antitrust") e attribuisce all'AGCM il compito di sorvegliare il rispetto di tale divieto adottando, in caso di superamento del tetto, i provvedimenti inibitori e di sanzione pecuniaria dell'art. 15 l. antitrust.

L'applicazione di detta regola pone almeno due interrogativi, cui si tenterà di dare risposta anche ipotizzando, *de iure condendo*, una riforma legislativa. Anzitutto, sul piano sostanziale, l'art. 8, Decreto Bersani impone la definizione chiara dei rapporti fra la vigilanza amministrativa dell'AGCM sul rispetto del cd. tetto antitrust alla generazione elettrica e la repressione della tradizionale fattispecie di abuso di posizione dominante (artt. 3, l. antitrust e 82 Tratt. CE).

In secondo luogo, sotto il profilo sanzionatorio, la stessa norma impone una riflessione sull'adeguatezza dei poteri di cui attualmente dispone l'AGCM.

La proposta di questo lavoro richiama ed auspica, *de iure condendo*, interventi di riforma legislativa: in un mercato che timidamente si affaccia alla concorrenza, ancora dominato da un forte *incumbent* e dove la regolazione asimmetrica, figlia della liberalizzazione delle telecomunicazioni, fatica ad affermarsi, si rendono necessarie misure che colmino l'attuale lacuna dando effettività all'art. 8, Decreto Bersani e riequilibrino, in nome di un giusto rapporto di proporzionalità, l'arsenale sanzionatorio dell'AGCM arricchendolo del potere di imporre rimedi anche di tipo *strutturale*.

ABSTRACT

The paper is aimed to analyse art. 8 of the so called Bersani Decree (d.lgs. n. 79/99) regulating the liberalisation of the Italian electricity market, as well as its effects on antitrust rules enacted to eliminate *abuses of dominant position* (Antitrust Law, no. 287/90, art.15).

Art. 8 states that no firm can either produce or import electricity in a measure exceeding 50 of the overall Italian electrical availability (so called: antitrust ceiling). According to the

same article, the Antitrust Authority is responsible of the enforcement of this limit, and consequently it is entitled to react, by means of injunctions and fines, pursuant to art. 15 of domestic antitrust law.

The application of the mentioned article raises two questions. First, art. 8 requires a clarification on the relationship between the Antitrust Authority monitoring activity – concerning control over the “antitrust ceiling” – and the “traditional” repression of abuse of dominant position (Antitrust Law, art.3; EC Treaty, art.82). Then, the same article calls for an analysis of the enforcement powers presently attributed to the Antitrust Authority in order to verify whether they seem to be substantially adequate.

The paper argues that due to present features of the Italian electricity market (shyly and slowly opening to competition, still dominated by a strong *incumbent*, and lacking of any adequate asymmetric regulation), the effective enforcement of art.8 requires an enrichment of the present set of antitrust sanctions through the addition of *structural* remedies.

1. Premessa

Gli interventi antitrust e di regolamentazione sulle *posizioni dominanti* nel mercato dell'energia elettrica si muovono su un duplice e distinto livello: da un lato, rileva l'attività dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato (di seguito AGCM)¹ e, dall'altro, quella dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (di seguito AEEG). Il primo è un tipico intervento antitrust, di *tutela* della concorrenza, di controllo *ex post* dei comportamenti tenuti dalle imprese in posizione dominante sul mercato²; il secondo, invece, è un controllo *ex ante*, di regolamentazione³ e controllo del mercato elettrico, finalizzato peraltro anche alla *promozione* della concorrenza, che trova la sua fonte e i suoi limiti nella legge⁴.

A ben vedere, le competenze dell'AEEG non prevedono un intervento diretto ed immediato sulle posizioni dominanti, come invece avviene nel caso dell'Autorità per le Garanzie nelle

¹ Istituita con legge 10 ottobre 1990, n. 287 (in G.U. del 13 ottobre 1990, n. 240) recante *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*.

² Come chiarito più oltre nel testo, non si prenderanno in questa sede in considerazione le disposizioni antitrust sul controllo preventivo delle operazioni di concentrazione e, dunque, sulla prevedibilità (valutazione *ex ante*) circa la costituzione e/o il rafforzamento di una posizione dominante; bensì, solo il caso di posizioni dominanti in essere. L'analisi sarà, infatti, limitata alla sola fattispecie di abuso di posizione dominante e al solo mercato della generazione elettrica.

³ Il termine *regulation*, di derivazione anglosassone, viene tradotto, talvolta indistintamente, come regolazione o come regolamentazione. Sulle definizioni del termine *regulation* nel diritto italiano (ove esso individua "la legislazione materiale emanata su delega legislativa") ed in economia (ove esso si riferisce all'intervento pubblico nell'attività di impresa, volto ad evitare il fallimento del mercato) si veda F. DE FRANCHIS, *Dizionario Giuridico*, vol. I (inglese-italiano), Milano, Giuffrè, 1984, p.1266.

Nel proseguo del lavoro, adottando una ripartizione proposta da autorevole dottrina (G. G. GENTILE, *La riforma del settore elettrico: continuità e discontinuità dell'intervento pubblico*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1999, p. 287), si utilizzerà il termine *regolazione* per indicare la funzione normativa che, a diversi livelli, impone la forma iniziale al mercato dettandone le regole di base e definendone i principi informatori: essa spetta in massima parte al Governo, il quale fissa gli indirizzi politici (e coincide con quella funzione che l'Autore definisce di « regolazione primaria »). Con il termine *regolamentazione*, invece, si intenderà quell'attività volta ad integrare l'apparato regolamentare primario e ad assicurarne l'applicazione; attività per lo più è svolta dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas. Si noti che la particolare funzione di integrazione dell'apparato regolamentare primario, nel nuovo impianto della riforma elettrica voluta dal Decreto Bersani (rif. *infra*, in nota), non spetta più ad ENEL — *degradato* a compartecipe del mercato —, ma viene ripartita fra una pluralità di soggetti, segnatamente: il Ministro dell'Industria (tenuto in base al Decreto Bersani all'emanazione di alcuni importanti Decreti e Direttive), il Gestore della rete di trasmissione o GRTN S.p.A. (su cui v. *infra*) che definisce, fra l'altro, le regole di accesso non discriminatorio alla rete e di dispacciamento e, dal momento della sua entrata a regime, il Gestore del mercato o GME S.p.A, per le regole di funzionamento della cd. Borsa dell'Elettricità.

⁴ Principalmente, nella legge 14 novembre 1995, n. 481, istitutiva dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (in s.o. alla G.U. del 18 novembre 1995 n. 270) recante *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*; ma anche nel d.lgs 16 marzo 1999, n. 79, cd. Decreto Bersani dal nome del Ministro firmatario (in G.U. del 31 marzo 1999, n. 75) relativo a *Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica* e nei relativi provvedimenti di attuazione.

Con riguardo alla finalità di *promozione* della concorrenza dell'AEEG, rileva anzitutto la norma di principio enunciata all'art. 1, l. 481/95, secondo cui « le disposizioni della presente legge hanno la finalità di garantire la *promozione* della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità (...) ». Si veda pure *amplius infra*, in nota.

Comunicazioni (di seguito, AGCOM) ⁵, bensì hanno ad oggetto solo occasionalmente le imprese in posizione dominante ⁶, e più in generale attengono alla regolamentazione e al controllo dell'intero settore elettrico.

Accanto alle disposizioni che impongono all'AEEG di *segnalare* all'AGCM ipotesi di violazione della disciplina antitrust ⁷, merita rilevare che i rapporti fra la regolamentazione, in piena espansione nel settore elettrico data la fase di *start up* della liberalizzazione, e le norme a tutela della concorrenza, sono retti da un principio cardine enunciato espressamente all'art. 1 della l. 481/95 istitutiva dell'AEEG. Esso qualifica la *promozione* della concorrenza nel settore elettrico come la finalità ultima cui la regolamentazione e, più in generale, i compiti istituzionali dell'Authority, devono essere rivolti.

⁵ Sui poteri dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni in materia di posizioni dominanti nel mercato delle *comunicazioni di massa*, cfr. art.2, commi 1 e 7 (rubricato Divieto di posizioni dominanti) della legge 31 luglio 1997 n. 249, istitutiva dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) (in s.o. 154/L alla G.U. del 31 luglio 1997 n. 177), il quale attribuisce alla stessa poteri anche strutturali (come l'imposizione di obblighi di cessione di rami d'azienda) in caso di accertamento di una posizione dominante.

Con riguardo al mercato delle *telecomunicazioni*, specie alla nozione di *impresa con notevole forza di mercato*, cfr. l'art. 1, co. 1, lett. am) del DPR del 19 settembre 1997 n. 318, recante *Regolamento per l'attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni*. Tale nozione coincide all'incirca con la posizione di un'impresa che detenga oltre il 25% della quota di un particolare mercato delle telecomunicazioni; solo che il raggiungimento di tale soglia non comporta l'intervento, anche strutturale, dell'AGCOM, bensì fa scattare in capo ai soggetti che la detengano una serie di obblighi particolarmente stringenti, a garanzia dei concorrenti più deboli (fra cui quello di interconnettere alle proprie reti quelle di altri operatori a prezzi non arbitrari, bensì orientati ai costi).

⁶ Fra le attribuzioni dell'AEEG, ve ne sono alcune che pur non riguardando esclusivamente le imprese in posizione dominante mirano a *promuovere* la concorrenza imponendo il rispetto della separazione contabile e amministrativa e dell'accesso alle reti. E' noto, infatti, che la separazione contabile e/o amministrativa costituisce il principale strumento per prevenire il fenomeno dei sussidi incrociati; per contro, l'accesso alle reti, essenziali e non duplicabili, rappresenta la condizione minima necessaria perché possa svilupparsi la concorrenza fra gli operatori attivi nei mercati monte (generazione) o a valle (fornitura di elettricità), per i quali l'accesso alla rete costituisce un input necessario.

Con riguardo al primo profilo, cfr. l'art. 2, co. 12, lett. f) della l. 481/95. Costituisce attuazione di questo potere in merito alla separazione contabile e amministrativa delle imprese elettriche, la Direttiva AEEG n. 61/99 (in G.U. s.g. n.164 del 15 luglio 1999) e successive integrazioni (Delibera AEEG n. 145/2000, in G.U. n. 213 del 12 settembre 2000).

Con riguardo al secondo profilo, dell'accesso alle reti, cfr. l'art. 2, co. 12, lett. c) della l. 481/95. Si noti che questa funzione di controllo sull'accesso alle reti è stata integrata da un apposito *obbligo* di connessione alle reti – sia di trasmissione che di distribuzione – imposto, rispettivamente, al GRTN (Gestore della rete di trasmissione nazionale, società pubblica di proprietà del Ministero del Tesoro e concessionaria *ex lege* delle attività di trasmissione e di dispacciamento dell'energia elettrica ai sensi dell'art. 3, d.lgs. n. 79/99) e alle imprese distributrici in favore di chiunque ne faccia richiesta (cfr. artt. 3, co. 1 e 9, co. 1, d.lgs. n. 79/99).

A latere, in quanto non direttamente e specificatamente diretto alla *promozione* della concorrenza, si segnala il potere dell'AEEG di svolgere attività consultiva e di segnalazione al Governo nelle materie di propria competenza (cfr. art. 2, co. 6, l. 481/95), potendo essa altresì proporre « al Governo le modifiche normative e regolamentari necessarie in relazione alle dinamiche tecnologiche, alle condizioni di mercato ed all'evoluzione delle normative comunitarie » (art. 2 co. 12, lett. a).

⁷ Si tratta della norma contenuta nell'art. 2, co. 33, l. 481/95, la quale, nel disciplinare il coordinamento fra l'intervento dell'AEEG e dell'AGCM così dispone: « le Autorità, con riferimento agli atti e ai comportamenti delle imprese operanti nei settori sottoposti al loro controllo, *segnalano* all'Autorità garante della concorrenza e del mercato la sussistenza di ipotesi di violazione delle disposizioni della legge 10 ottobre 1990, n. 287 ». Si tratta, dunque, di un semplice potere di segnalazione di comportamenti in violazione delle norme antitrust realizzati da imprese elettriche.

In altre parole, le due normative sono complementari, si integrano a vicenda e, con strumenti diversi, mirano al raggiungimento del medesimo fine: la promozione della concorrenza e l'apertura del mercato elettrico ⁸.

La cornice normativa in cui si muovono i due interventi è costituita dal recente d.lgs. del 16 marzo 1999, n. 79 ⁹, cd. Decreto Bersani, di liberalizzazione del mercato elettrico italiano.

L'art. 8 del suddetto, nel ridefinire gli assetti della *generazione elettrica* in senso più marcatamente concorrenziale, ha attribuito una serie di poteri all'AGCM di intervento sulle posizioni relative a quote di mercato della generazione elettrica superiori al 50%, *rectius* su posizioni che possono risultare *dominanti* secondo la legge antitrust.

Preliminare risulta, dunque, una chiara definizione dei rapporti fra questa disposizione, che impone all'AGCM la vigilanza amministrativa sul superamento del tetto antitrust alla generazione elettrica e la repressione della tradizionale fattispecie di abuso di posizione dominante ai sensi degli artt. 3, l. 287/90 e 82 Tratt. CE.

Ciò premesso, l'analisi delle nuove competenze attribuite all'AGCM dall'art. 8 del d.lgs. n. 79/99, fondamentale norma di regolazione pro-concorrenziale, prenderà le mosse dall'iter logico adottato dall'Autorità antitrust nella prassi applicativa del divieto di abuso di posizione dominante.

Così, dopo aver visto come l'AGCM definisce e ripartisce i mercati rilevanti del settore elettrico, aver valutato le attuali condizioni strutturali dell'offerta di elettricità, aver individuato le posizioni dominanti nella generazione, si ipotizzeranno ad analizzeranno i vari casi di intervento dell'AGCM valutandone, tra gli altri, l'effettività.

2. *La definizione del mercato rilevante*

Secondo la nota prassi antitrust, la definizione del mercato rilevante costituisce il logico antecedente della valutazione di ogni caso di abuso di posizione dominante. Altrettanto noto è che esso viene bipartito nella sua dimensione merceologica e geografica.

Normalmente l'Autorità antitrust dispone di una certa discrezionalità nella definizione del mercato di volta in volta rilevante nei casi sottoposti alla sua attenzione, mentre le Autorità di regolamentazione risultano maggiormente vincolate al dettato normativo, come pure dalla presenza di altri dati quali leggi, concessioni e relative convenzioni ed autorizzazioni.

Nel caso del mercato elettrico, tuttavia, si va affermando una certa uniformità, che tende a far coincidere le definizioni dell'AGCM con quelle normative.

⁸ Sulla complessa tematica dei rapporti fra antitrust e *regulation* nei servizi pubblici italiani si rinvia al volume *Regolazione e concorrenza*, a cura di Tesaurò e D'Alberti, Bologna, 2000 ed ivi, in particolare, i contributi di S. CASSESE *Regolazione e concorrenza*, p. 11, G. A. BERMANN, *Regolazione e liberalizzazione dei mercati: un'analisi comparativa*, p. 27 e P. RANCI, *L'energia elettrica e il gas*, p. 129; ma si veda pure P. FATTORI, *Liberalizzazione dei mercati: il ruolo dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, in *Conc. e merc.*, 8/2000, 355.

⁹ Rif. in nota 4.

2.1 Il mercato del prodotto

Trattandosi di prodotto omogeneo, indistinguibile sotto il profilo della domanda, il mercato rilevante del prodotto viene definito dalle norme di regolazione frazionando verticalmente la filiera elettrica. Così si distingue il mercato della *generazione* (comprensiva della produzione e delle importazioni), della trasmissione (intesa come trasporto dell'elettricità sulle reti ad alta e altissima tensione), della distribuzione (vale a dire del trasporto sulle reti a media e bassa tensione) e della fornitura (intesa come consegna e vendita) di energia elettrica ai clienti finali.

Per quanto qui interessa, e cioè con specifico riguardo al mercato della *generazione*, va precisato che un minore rilievo assume un'altra distinzione "orizzontale", cioè per tipologia di fonte produttiva - convenzionale o rinnovabile e assimilata - utilizzata¹⁰. La sostituibilità - scarsa dal lato dell'offerta - fra fonti energetiche (il carbone, l'olio combustibile, il gas naturale, l'acqua, il vento, ecc.) e fra tecnologie utilizzate per produrre elettricità (centrali termoelettriche, idroelettriche, eoliche, a turbogas, cogenerazione, ecc.) non rileva, infatti, per il cliente finale per il quale l'elettroenergia non ha marchio di fabbrica ed è dunque indifferente consumare elettricità prodotta in un modo o nell'altro.

Quanto all'approccio seguito dall'AGCM, dopo un'iniziale vaghezza, dovuta all'imminenza della liberalizzazione e ai radicali mutamenti che da questa sarebbero derivati¹¹, l'organo mostra ora di ispirarsi alla distinzione *verticale* propria delle norme di regolazione. In un recente provvedimento di autorizzazione condizionata di un'operazione di concentrazione¹², essa ha, infatti, individuato il mercato del prodotto prendendo espressamente a parametro il Decreto Bersani¹³.

Così facendo, anch'essa ha distinto quattro mercati¹⁴: quello della *produzione* (comprensivo anche delle importazioni), quello della trasmissione, quello della distribuzione e quello della fornitura - intesa come consegna e vendita ai clienti finali - di energia elettrica¹⁵.

¹⁰ La quale rileva esclusivamente per l'imposizione di un obbligo ai produttori e agli importatori che immettano sul mercato nazionale energia prodotta da fonti convenzionali, più inquinanti di quelle rinnovabili e assimilate, di riversare annualmente sulla rete una certa quota di energia "pulita" (cioè prodotta da fonti rinnovabili e assimilate), cfr. art. 11, d.lgs. n. 79/99 e DM 11 novembre 1999 relativo al rilascio e alla contrattazione dei cc.dd. certificati verdi, vale a dire di titoli rappresentativi di diritti sulla produzione da fonti pulite, di cui i produttori da fonti convenzionali possono approvvigionarsi per adempiere al suddetto obbligo.

¹¹ Si veda, in particolare, il provvedimento dell'AGCM, A263 del 09.04.1999, UNAPACE / ENEL, in *Boll.* 13-14/1999. In questo provvedimento, che costituisce a tutt'oggi l'unico caso di abuso di posizione dominante deciso dall'Autorità in tema di elettricità, il mercato rilevante del prodotto viene definito come quello della «fornitura (che ingloba indistintamente distribuzione e vendita) di energia elettrica sul territorio nazionale». A parte la esigua formula utilizzata, ciò che rileva è che sebbene l'AGCM non abbia approfondito né distinto ulteriormente, la distribuzione (intesa come semplice trasporto) dalla *fornitura* (intesa come consegna e vendita al cliente finale), essa ha comunque tenuto questo mercato distinto sia da quello della produzione che della trasmissione.

¹² Cfr. AGCM, Provv. C4438, ENEL-FRANCE TELECOM / NEW WIND, del 22.02.2001, in *Boll.* 8/2001.

¹³ Ciò risulta chiaro già dall'*incipit* del provvedimento sopra citato, ove l'AGCM, nel definire il mercato del prodotto, così esordisce: « Il Decreto Legislativo 16 marzo 1999, n. 79, in attuazione della Direttiva 96/92/CE, ha modificato in modo significativo la regolamentazione del settore elettrico italiano (...) ».

¹⁴ In ciò richiamandosi alla recente prassi della Commissione Europea in materia di concentrazioni nel mercato elettrico: cfr. decisione del 27 gennaio 1999, caso IV/M. 1346, *EdF/London Electricity*; decisione del 19 luglio 1999, caso IV/M. 1606, *EdF/South Western Electricity*; decisione del 28 settembre 1999, caso

A prescindere dall'ispirazione, positiva ¹⁶ e non normativa, quel che rileva è che questa distinzione adottata dall'AGCM (e, dunque, per fini antitrust), viene a coincidere con quella normativa cui si attiene l'AEEG e che, inserendosi nel quadro generale della tutela della concorrenza in un settore in via di liberalizzazione, rassicura circa il ruolo dell'AGCM in questa fase. Ad essa spetta, infatti, il compito di sorvegliare l'effettiva apertura del mercato elettrico col proprio *enforcement*, cioè prevenendo o reprimendo i comportamenti distorsivi dell'*incumbent*, tendenti a limitare l'apertura dello stesso o l'entrata di nuovi soggetti.

In ogni caso, il tratto distintivo dei due interventi, ferma restando la maggiore discrezionalità che normalmente connota l'agire del collegio garante della concorrenza, sta nella tempistica: *ex post* - positiva la definizione dell'AGCM ed *ex ante* - normativa quella dell'AEEG.

2.2 Il mercato geografico dell'energia elettrica

Anche sotto il profilo geografico, la presenza di forti barriere normative, amministrative e tecniche tende a configurare il mercato geografico rilevante della generazione elettrica come nazionale.

IV/M. 1557, *EdF/Louis Dreyfus*; decisione del 30 settembre 1999, caso IV/M. 1659, *Preussen Elektra/EZH*; decisione del 3 febbraio 2000, caso COMP/JV.36, *TXU Europe/EdF London Investments*.

¹⁵ Rispetto ai casi precedenti in cui, come visto, nel concetto di fornitura l'AGCM faceva rientrare tanto la distribuzione quanto la vendita al cliente finale (cfr. AGCM, *UNAPACE/ENEL*, cit.), l'AGCM si è addentrata nella definizione dell'ultimo tratto della filiera elettrica, delineandolo più in dettaglio e distinguendo non solo il mercato della distribuzione da quello della fornitura (consegna e vendita) di elettricità, ma soprattutto individuando due sotto-mercati della fornitura: quello destinato ai *clienti vincolati* (cioè ai piccoli consumatori che, in ragione delle basse soglie di consumo, non possono stipulare contratti liberamente, ma sono tenuti a rifornirsi esclusivamente dai distributori localizzati nell'area di utenza; art. 2, co. 7, d.lgs. n. 79/99) e quello destinato ai *clienti idonei* (ossia dei grandi consumatori liberi, a causa delle proprie soglie di consumo, di stipulare contratti con produttori, grossisti e distributori scelti liberamente; art. 2, co. 6 e art. 14 d.lgs. n. 79/99) per le sostanziali differenze in termini di regolazione e di apertura concorrenziale che vi si trovano. « Difatti, - prosegue il provvedimento - sul mercato della fornitura ai *clienti idonei* sono presenti, dal lato della domanda, i clienti finali; le imprese costituite in forma societaria; i gruppi di imprese, anche ai sensi dell'articolo 7 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, i consorzi e le società consortili; le imprese di distribuzione che trasportano e trasformano energia elettrica su reti di distribuzione a media e bassa tensione per le consegne ai clienti idonei connessi alle loro reti; gli acquirenti grossisti, limitatamente all'energia elettrica consumata dai clienti idonei con cui hanno stipulato contratti di vendita; l'azienda speciale di Trento e Bolzano (cfr. art. 14, d.lgs. n. 79/99). Dal lato dell'offerta, invece, sono presenti tutti i produttori, nazionali ed esteri, direttamente o tramite gli acquirenti grossisti, limitatamente all'energia elettrica consumata dai clienti idonei con cui hanno stipulato contratti di vendita.

Per contro, sul mercato dei *clienti vincolati* sono presenti, dal lato della domanda, i clienti i cui consumi sono inferiori alle soglie stabilite dal (l'art. 14 del) Decreto Legislativo n. 79/99 e, dal lato dell'offerta, le società titolari delle concessioni di distribuzione » (AGCM, *Prov. ENEL-FRANCE TELECOM/NEW WIND*, cit.).

¹⁶ La definizione sopra riportata è stata ispirata da esigenze pragmatiche di decisione del caso di specie: ai fini dell'operazione di concentrazione vagliata nel provvedimento citato, infatti, l'AGCM doveva "isolare" il solo « mercato della fornitura (consegna e vendita) di energia elettrica ai clienti idonei »; tale era infatti l'unica via per valutare gli effetti sul mercato elettrico di una concentrazione attuata nel distinto mercato delle telecomunicazioni, ove solo tutte le imprese partecipanti (Wind - controllata da ENEL e da France Telecom - e Infostrada) erano presenti.

Nella specie si tratta di barriere amministrative e normative ¹⁷, come pure di barriere tecniche e di ostacoli dovuti alla presenza di un *incumbent* particolarmente forte.

In particolare, fattori quali la complessità dell'iter autorizzativo per la costruzione di nuovi impianti di generazione ¹⁸, le lungaggini nella vendita delle tre *Generation Companies* (GENCO) attualmente di proprietà di ENEL e in fase di dismissione ¹⁹, unitamente ad altre barriere tecniche, come la scarsissima disponibilità di potenza a disposizione di operatori diversi da ENEL e la limitata capacità delle linee di trasmissione transfrontaliere per le importazioni, rendono l'entrata sul mercato della generazione di nuovi operatori assai difficile e, conseguentemente, il mercato geografico di dimensioni nazionali.

Nonostante la progressiva liberalizzazione, che ha fatto venir meno i vincoli normativi all'accesso sul mercato di operatori stranieri, e nonostante l'impegno comunitario volto alla realizzazione di un mercato interno dell'energia elettrica, le frontiere nazionali sono ancora lungi dall'essere un ricordo.

I vincoli tecnici agli scambi transfrontalieri ²⁰ e il diverso grado di apertura alla concorrenza sul mercato dei clienti idonei in Italia rispetto agli altri paesi europei non consentono, allo stato, una internazionalizzazione delle forniture elettriche, militando piuttosto verso una definizione nazionale dei mercati rilevanti.

¹⁷ A rigore di barriere amministrative all'accesso in senso proprio potrebbe parlarsi solo con riguardo alle attività di trasmissione-dispacciamento e di distribuzione. Infatti, per le prime attività l'art. 1 del DLgs 79/99 conferma la riserva allo Stato e l'attribuzione in concessione al GRTN S.p.A., di proprietà pubblica; per la seconda, l'art. 9 rinnova l'esclusiva ai distributori attualmente titolari di concessione per i prossimi trent'anni. Per contro, le altre attività (produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita), sono state liberalizzate dallo stesso art. 1. Ciononostante, di queste la prima (produzione) rimane sottoposta ad autorizzazione amministrativa con vincoli particolarmente stringenti (v. *infra*, nota 18); l'import-export è fortemente limitato dai vincoli di capacità degli interconnettori con l'estero (su cui più diffusamente nel testo e in nota 20).

¹⁸ Il meccanismo di delegificazione predisposto all'art. 8, co. 3, d.lgs. n. 79/99 ai fini dell'alleggerimento delle procedure per il rilascio delle autorizzazioni alla costruzione e all'esercizio di nuovi impianti di generazione non è ancora stato attuato. Il DPR cd. "sblocca centrali", adottato dal Consiglio dei Ministri del 23 febbraio 2001 è, infatti, attualmente in attesa dell'approvazione da parte della Conferenza unificata Stato-Regioni e del parere del Consiglio di Stato.

¹⁹ V. *infra*.

²⁰ Non solo, infatti, la capacità di scambio con l'estero è ridotta, ma per la metà essa è occupata dai contratti pluriennali stipulati da ENEL con operatori stranieri. Sul tema delle importazioni, si veda la tortuosa vicenda, dai risvolti anche giudiziari, dell'allocazione della residua capacità di trasporto sugli interconnettori con i paesi confinanti. Sinteticamente i passaggi della vicenda possono così riassumersi: l'AEEG, con delibera n. 140/00, istituisce la procedura concorsuale (asta) per l'aggiudicazione della capacità residua di importazione di energia elettrica individuata dal GRTN. A gara iniziata (con la partecipazione di 150 soggetti), la delibera viene impugnata dinanzi al TAR Lombardia dai partecipanti sfavoriti dal meccanismo di asta al rialzo che faceva lievitare i prezzi. Il giudice amministrativo, con ordinanza del 26 ottobre 2000 ne sospende l'efficacia. L'AEEG interpone appello al Consiglio di Stato avverso l'ordinanza del TAR, il quale, con ordinanza n. 10529/2000 dell'1 dicembre 2000, respinge l'appello. Dopo una settimana l'AEEG adotta una nuova deliberazione, la n. 219/00, contenente nuove regole per la disciplina delle importazioni per l'anno 2001 modificando, in via eccezionale e transitoria, le regole per l'assegnazione della capacità di importazione sostituendo al meccanismo d'asta al rialzo (che aveva creato difficoltà a numerosi piccoli operatori, incapaci di accaparrarsi spazi per le importazioni) quello del riparto proporzionale fra tutte le domande di assegnazione pervenute. In data 29 dicembre 2000 il TAR Lombardia sospende l'efficacia della delibera 219/00, ma poi (10 gennaio 2001) revoca la sospensione e respinge il ricorso.

3. La definizione della posizione dominante

La definizione della posizione dominante (PD) è quella che presenta le peculiarità più interessanti sotto il profilo del coordinamento – ove non addirittura della sovrapposizione – degli interventi antitrust e di regolamentazione.

Secondo la nota prassi antitrust, nazionale e comunitaria, la PD « (...) concerne una posizione di *potenza economica* grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, e ha la possibilità di tenere *comportamenti* alquanto *indipendenti* nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori »²¹. L'esistenza di questa deriva in generale dalla concomitanza di più fattori, primo fra tutti una quota di mercato, assoluta e relativa, assai consistente: per cui in presenza di una quota di mercato che si attesta intorno al 70-80% la PD viene inferita quasi automaticamente.

Peraltro, una quota pari al 40-50% del mercato vale solo ove abbinata assieme ad altri parametri (che, se presi isolatamente, non sarebbero necessariamente decisivi) a dimostrare l'esistenza della PD. Tra questi, assumono rilievo la presenza di concorrenti con quote di mercato assai inferiori, la possibilità di offrire una vasta gamma di prodotti, la titolarità di un marchio diffuso, la disponibilità di una rete di vendita particolarmente sviluppata, l'esistenza di una forte integrazione verticale o di pregressi vantaggi competitivi, come le esclusive legali.

3.1 (segue) nella generazione dell'energia elettrica

Secondo dati elaborati dall'AGCM è possibile constatare che il contributo dell'ex-monopolista al soddisfacimento (attraverso la produzione e le importazioni) della domanda nazionale di energia elettrica è stato pari al 67% nel 2000; tuttavia, se si ha riguardo alla potenza installata e, cioè, alla capacità di generazione, e se si esclude la capacità utilizzata dagli autoproduttori²² che non riforniscono il mercato, la quota di ENEL sale all'87,9%; cioè ad un livello tale da dimostrare per sé l'esistenza di una posizione dominante²³.

Tale quota, in parte alleggerita per l'avvenuto passaggio della titolarità dell'energia elettrica cd. CIP 6/92²⁴ da ENEL al Gestore della Rete di trasmissione nazionale (GRTN)²⁵, dovrebbe

²¹ Cfr. sentenze della Corte di Giustizia del 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands* e del 13 febbraio 1979, in Racc., 1978, p. 207 e causa 85/76, *Hoffman La Roche*, in Racc., 1979, p. 965.

²² Vale a dire da quelle imprese che dispongono di impianti di generazione di energia elettrica da destinare al proprio fabbisogno. Queste imprese, infatti, autoconsumano l'energia prodotta non destinandola al mercato, se non in misura minima (si tratta delle cc.dd. eccedenze che, in base all'art. 3, co. 12 del d.lgs. n. 79/99 saranno ritirate dal GRTN).

²³ Cfr. AGCM, Prov. ENEL-FRANCE TELECM / NEW WIND, cit., punti 26-35. Si vedano pure le stime, riferite al 1999, elaborate dall'AEEG, in *Relazione annuale*, 30 aprile 2000, p. 58 e le valutazioni da questa svolte nei consideranda della recentissima Delibera n. 96/01 del 30 aprile 2001 relativa a: "Disposizioni generali in materia di mercato dell'energia elettrica di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79".

²⁴ Cfr. deliberazione CIP del 29 aprile 1992. (in G.U. 12 maggio 92, n. 109), come modificata dal DM 4 agosto 1994 (in G.U. del 10 agosto 1994 n. 186) recante *Prezzi dell'energia elettrica relativi a cessione, vettoriamento e produzione per conto dell'Enel, parametri relativi allo scambio e condizioni tecniche generali per l'assimilabilità a fonte rinnovabile*.

²⁵ In attesa della vendita delle GENCO (su cui v. *infra*), il Ministro dell'Industria aveva già disposto (cfr. Decreto MICA del 21 novembre 2000, in G.U. del 30 novembre 2000, n. 280) che ENEL cedesse, a far data

scendere al di sotto del 50% a fine 2002, a seguito della cessione dei 15.000 MW di potenza (ripartiti fra le tre GENCO) imposta dall'art. 8 del Decreto Bersani ²⁶.

Tuttavia, come emerso dai dati elaborati nel recente provvedimento dell'AGCM sul caso ENEL-FRANCE TELECOM/NEW WIND, anche a seguito della vendita delle tre GENCO, ENEL continuerà a detenere una quota di mercato superiore al 60% ²⁷; mentre i suoi principali concorrenti avranno quote assai inferiori (il secondo operatore, infatti, deterrà l'11% ²⁸).

In ogni caso, considerate le caratteristiche del mercato della generazione elettrica (elevate barriere all'entrata normative e tecniche, rilevanti economie di scala, impossibile accumulazione di scorte di energia a causa della non immagazzinabilità dell'elettricità, ecc.) la posizione di ENEL, anche ove inferiore al 60%, sarà comunque sufficientemente duratura e non soggiacerà, nell'immediato, a pressioni concorrenziali significative.

dal 1° gennaio 2001, i diritti e le obbligazioni relative all'acquisto di energia prodotta da terzi e dalle cc.dd. imprese produttrici-distributrici per lo più con l'impiego di fonti rinnovabili e assimilate (ex provvedimento CIP 6/92) al Gestore della Rete (GRTN), così da renderla disponibile per il mercato dei clienti idonei (dando in tal modo attuazione all'art. 3, comma 12 del Decreto Bersani). Sulla base di tale decreto l'AEEG aveva adottato una delibera (la n. 223/00 del 13 dicembre 2000) in cui individuava le procedure per la cessione della suddetta elettricità dal GRTN ai clienti idonei e all'Acquirente Unico (a far data dall'assunzione delle sue funzioni). In adempimento di tale delibera il GRTN ha provveduto all'assegnazione, mediante gara, della capacità produttiva suindicata.

Si noti che questa misura si differenzia sostanzialmente dall'obbligo di cessione dei 15.000 MW imposto ad ENEL dall'art. 8 del Decreto Bersani, in quanto non mira a ridurre la quota di mercato di ENEL, bensì a rendere effettiva la liberalizzazione anche per quei produttori che, incentivati dai prezzi favorevoli stabiliti dal CIP 6/92, iniziarono a produrre con fonti rinnovabili e assimilate rivendendo l'energia ad ENEL. All'esito di questo procedimento l'elettricità che questi soggetti si sono impegnati a produrre non sarà più destinata ad ENEL, bensì al mercato libero per il tramite del GRTN. Ciò che cambia, dunque, è la titolarità del potere di disposizione su questa energia, che passa da ENEL (obbligata, in base all'abrogata normativa, a riacquistarla) al GRTN, che si fa così garante dell'allocazione di questa merce presso il mercato dei clienti idonei, per conto dei produttori.

²⁶ Per ridurre la attuale quota di mercato di ENEL ed introdurre la concorrenza nella generazione, l'art. 8 del d.lgs. n. 79/99 ha disposto che nessun operatore, a partire dal 1° gennaio 2003, possa detenere più del 50% del totale dell'energia elettrica prodotta o importata in Italia; a tale fine esso ha imposto ad ENEL la dismissione di non meno di 15.000 MW di potenza installata. Così, per adeguarsi al dettato normativo ora richiamato, ENEL ha costituito tre società, ribattezzate GENCO o Generation Companies dalla stampa specializzata (Elettrogen S.p.A., Eurogen S.p.A. ed Interpower S.p.A.), cui ha attribuito, mediante la predisposizione di un piano di cessione, poi approvato con DPCM del 4 agosto 1999 (in G.U. del 3 settembre 1999, n. 207), un numero di centrali tali da raggiungere, complessivamente, la quota suindicata di 15.000 MW.

²⁷ Difatti, secondo dati elaborati dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, la capacità del Gruppo ENEL, anche dopo la vendita delle GENCO, sarà comunque largamente preponderante: in particolare, essa sarà pari a sei volte quella di Elettrogen che, dopo la sua privatizzazione, sarà la maggiore impresa concorrente del Gruppo ENEL. A tutto il 2000, infatti, la quota di mercato del gruppo ENEL nella generazione (escluse le tre GENCO da dismettere) è stata pari al 64,8%; quella di Elettrogen (la più grande delle tre GENCO, per cui sono in corso le procedure di dismissione) al 10,8%; quella di Eurogen (la seconda GENCO per dimensione) all'8,5%; quella di EDISON-SONDEL, i principali produttori dopo il gruppo ENEL, al 7,7%; quella delle ex-municipalizzate al 4,3%; quella di Interpower (la più piccola delle GENCO) al 3,8%. Correttamente, anche queste quote sono state calcolate al netto della capacità utilizzata dagli Autoproduttori.

²⁸ Tale è la quota di capacità produttiva di Elettrogen (la più grande delle tre GENCO), attualmente in fase di vendita. Si noti peraltro che ove tale società venisse acquisita dalla cordata cui partecipano EDISON e SONDEL (attualmente in possesso di una quota di mercato pari al 7,7%), la quota complessiva di queste ultime salirebbe al 18% circa: con una distanza ancora notevole rispetto all'ex-monopolista. Lo stesso è a dirsi per le ex-municipalizzate se Elettrogen fosse acquistata dal consorzio Itaipower (di cui fanno parte anche ACEA di Roma e AEM di Milano).

Preoccupazioni per il grado di concentrazione dell'offerta di energia elettrica, specie per il fatto che esso è destinato a restare elevato per alcuni anni, sono state manifestate anche dall'AEEG nella recente Delibera n. 96/01 ²⁹.

Sotto il profilo della regolazione (impianto normativo), come anticipato, con specifico riguardo al mercato della generazione è lo stesso legislatore (all'art. 8, d.lgs. n. 79/99) ad individuare una soglia o quota di mercato di rilevanza, *rectius* di attenzione concorrenziale (cd. *tetto antitrust*).

In particolare, come visto, l'art. 8 fa divieto, a partire dal 1° gennaio 2003, a qualunque soggetto di produrre o importare — direttamente o indirettamente — più del 50% del totale dell'energia prodotta o importata in Italia.

Fatto centrale è che il legislatore ha inaspettatamente attribuito all'AGCM il compito di sorvegliare il rispetto di tale soglia ³⁰.

L'art. 8 del Decreto Bersani, infatti, stabilisce che « *nel caso tale soglia sia superata, l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato adotta i provvedimenti di cui all'art. 15 della legge n. 287/90* » (comma 1) e che « *ove il termine del 1° gennaio 2003 (..) non sia [sufficiente] per le condizioni di mercato, l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato con proprio provvedimento, sentita l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, può disporre, su richiesta del soggetto interessato, una proroga non superiore a un anno* » (comma 2).

Prima di soffermarci ad analizzare l'impatto di tale disposizione sull'impianto logico dell'antitrust, specie con riguardo agli abusi di posizione dominante, e la sua ricaduta sui poteri dell'AGCM, sembra utile svolgere alcune premesse.

Quanto alla *ratio* di questa disposizione, va precisato che il tetto antitrust alla quota di produzione (e importazione) di energia elettrica è stato introdotto con l'unico e specifico intento di garantire la concorrenza in questo comparto, data la presenza forte dell'ex-monopolista.

Pertanto, la scelta del legislatore, innovativa ed unica nel suo genere ³¹, è di affermare anzitutto che l'abolizione delle esclusive (liberalizzazione in senso stretto) di per sé non è sufficiente a

²⁹ Cfr. AEEG, Delibera n. 96/01 cit. Ivi, l'AEEG ha sottolineato come pure il meccanismo di formazione dei prezzi all'offerta sarà condizionato da ENEL, in quanto in possesso di impianti di generazione cosiddetti di punta e favoriti, rispetto ai concorrenti, quanto alla loro distribuzione e concentrazione sul territorio nazionale. Conclude osservando l'AEEG che dall'esame dei processi di liberalizzazione realizzati in altri Stati membri dell'Unione Europea, « l'organizzazione del settore dell'energia elettrica che si potrà determinare al completamento delle cessioni degli impianti di generazione da parte dell'Enel Spa appare essere ancora incompatibile con l'affermarsi di un regime effettivamente concorrenziale nell'offerta di energia elettrica ».

³⁰ Inaspettatamente, se si pensa al mercato delle comunicazioni di massa, ove le competenze sul rispetto dei tetti antitrust sono state affidate all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni; per contro, la scelta legislativa appare meno stravagante se si ha riguardo alle possibilità di acquisto in esclusiva dei diritti sportivi nel mercato delle televisioni a pagamento (cfr. l. 29 marzo 1999, n. 78, di conversione del d.l. 30 gennaio 1999 n. 15, recante *Disposizioni urgenti per lo sviluppo equilibrato dell'emittenza televisiva e per evitare la costituzione o il mantenimento di posizioni dominanti nel settore radiotelevisivo*, in G. U. del 31 marzo 1999, n. 75). L'art. 2, della l. 78/99, rubricato *Disciplina per evitare posizioni dominanti nel mercato televisivo*, prevede che nessuna emittente possa acquistare più del 60% dei diritti relativi al campionato di serie A e attribuisce all'AGCM la competenza a verificare l'eventuale superamento della soglia. Inoltre, a differenza di quanto previsto per la generazione di energia elettrica, l'AGCM può rivedere tale limite alla luce dell'effettiva dinamica concorrenziale in atto nel mercato della televisione a pagamento.

³¹ Difatti, come visto, il divieto assoluto di posizioni dominanti nel settore audiovisivo è stato introdotto per tutelare l'interesse al pluralismo nei mezzi di informazione, ma solo in quanto riflesso della libertà di manifestazione del pensiero, costituzionalmente garantito; dunque a presidio di un supremo interesse ultroneo a quello della concorrenza. Anzi, in quel caso la concorrenza è posta al servizio ed in funzione del dettato costituzionale, come fosse l'unico strumento in grado di proteggere il bene supremo della manifestazione del pensiero.

garantire la concorrenza ma che occorra altresì ricalibrare il peso dell'ex-monopolista per rendere effettivamente contendibile il mercato ³². In secondo luogo, che l'efficienza nel mercato della generazione possa raggiungersi in presenza di più concorrenti, con una soglia massima di tollerabilità nel peso specifico di ciascun operatore. Così facendo, esso ha cristallizzato normativamente tale soglia ad un livello pari o inferiore al 50% del mercato della generazione.

Contrariamente a quanto avviene nella prassi antitrust relativa ai casi di abuso di posizione dominante, è da notare che la soglia di attenzione concorrenziale viene determinata *ex ante* dalla norma di regolazione, facendo però riferimento a parametri simili a quelli utilizzati in sede antitrust: in specie, alla quota di mercato, che costituisce il principale indice da cui muovere per definire la PD.

Questa soglia, rigida nella sua formulazione, da una lato (e cioè con riguardo alle finalità di regolazione pro-concorrenziale) non appare in grado, perché eccessiva, di consentire l'introduzione di una concreta e diretta concorrenza nel comparto ³³; dall'altro, non consente, perché rigida, di adattarsi alle specificità del mercato che possono modificarsi nel tempo. L'art. 8, d.lgs. n. 79/99, infatti, non prevede meccanismi di temperamento della rigidità della soglia normativa di rilevanza antitrust simili a quelli cui l'AGCOM può ricorrere in sede di definizione dell'operatore con notevole forza di mercato ai sensi del DPR 318/97 nel caso delle telecomunicazioni.

Da quanto sin qui detto, risulta chiaro che la posizione dominante del gruppo ENEL nella generazione elettrica, unitamente ad altre barriere normative e tecniche, ha un enorme potenziale distorsivo della concorrenza e degli effetti della liberalizzazione in atto. Questo dato strutturale, persistente ed allarmante è, infatti, in grado di porre a rischio l'intera riforma. Basti pensare che una volta entrata in funzione la Borsa dell'Energia ³⁴, la presenza di un operatore

Nel caso dell'energia elettrica, invece, è la stessa concorrenza, come riflesso del bene, costituzionalmente garantito, della libera iniziativa economica a divenire interesse centrale da tutelare in sé, e a presidio della quale è posto il divieto, di fonte legale, dell'art. 8, d.lgs. n. 79/99.

³² L. DE PAOLI, *La liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica e del gas in Italia*, in *Economia delle fonti di energia e dell'ambiente*, 2000, n. 1, p. 27, richiama al riguardo gli scritti di eminenti studiosi che si sono « cimentati nel calcolo del numero di operatori necessari perché non vi sia potere di mercato: ad esempio Green e Newberry (R. J. GREEN E D. M. NEWBERRY, *Competition in the British Electricity Spot Market*, in *Journal of Political Economy*, 1992, vol. 1000, n. 5) hanno calcolato che, in una borsa elettrica (sul punto v. *infra* nel testo), siano necessari almeno cinque operatori equivalenti per dare risultati concorrenziali ».

³³ Si vedano in merito le considerazioni svolte dall'AGCM, AS154 del 5 novembre 1998, *Schema di decreto legislativo recante attuazione della Direttiva 96/92/CE*, in *Boll.* 44/1998; oltre a quelle dell'AEEG, Delibera 96/01 cit. In dottrina il punto è espresso efficacemente da F. GRASSINI, *La concorrenza nell'industria elettrica e l'ENEL*, in *La concorrenza nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, 1998, p. 53 e da L. DE PAOLI, *cit.*, il quale chiarisce al riguardo che « vendere 15.000 MW è una *misura minima* per aprire il mercato elettrico italiano » (corsivo nostro).

³⁴ Con l'entrata in funzione della cd. Borsa dell'energia elettrica, organizzata da una società controllata dal GRTN: il Gestore del Mercato Elettrico S.p.A. (GME), secondo quanto prevede l'articolo 5, d.lgs. n. 79/99, il prezzo di riferimento dell'elettricità si formerà, giornalmente, sulla base degli scambi realizzati in tale sede (cfr. Decreto MICA del 9 maggio 2001 che approva la *Disciplina del Mercato* predisposta dal GME disponibile sul sito Internet www.grtn.it e la Delibera AEEG n. 96/01 cit.). Questo sarà il prezzo al quale i clienti idonei acquisteranno l'elettricità, ovvero in riferimento al quale produttori, grossisti e traders, da un lato e clienti idonei, dall'altro, stipuleranno i contratti bilaterali al di fuori della borsa (secondo il dettato dell'art. 6 del d.lgs. n. 79/99).

dominante, dotato di impianti particolarmente efficienti, sarà potenzialmente in grado di determinare il prezzo di riferimento dell'elettricità ³⁵.

Proprio per tale ragione sembra utile soffermarci a valutare i possibili interventi che l'AGCM può attuare sul mercato della *generazione* di energia elettrica per ridurre il potenziale distorsivo della concorrenza, dovuto alla elevata concentrazione.

In particolare, fermo restando che il limite del 50% alla quota di generazione continuerà, pur quando a regime, a creare i problemi concorrenziali già evidenziati, ci si concentrerà ed analizzerà le problematiche scaturenti dall'eventuale superamento della soglia del 50%, come pure le competenze dell'AGCM al di sotto di tale quota di mercato.

4. I poteri dell'AGCM sugli abusi di posizione dominante ex art. 15, l. 287/90 e quelli ex art. 8, d.lgs. n. 79/99.

Come noto, la detenzione, da parte di un'impresa, di una posizione dominante fa scattare il divieto di abusare della stessa, cioè di porre in essere comportamenti che possano ulteriormente restringere o distruggere la pur limitata concorrenza residua. Se, dunque, la possibilità per l'impresa di tenere comportamenti alquanto indipendenti dai propri concorrenti, fornitori e consumatori, costituisce l'essenza della PD, l'abuso rappresenta l'estrinsecazione dell'uso (anomalo) di quel potere che, nel mercato elettrico, potrebbe sostanziarsi proprio nella possibilità per ENEL di fissare in Borsa il prezzo dell'elettricità indipendentemente dagli altri operatori e ad un livello eccessivo.

Quanto ai poteri sanzionatori dell'AGCM in materia, ove l'abuso risulti provato questa può imporre l'inibitoria e/o una sanzione pecuniaria che può, nei casi più gravi, giungere fino al 10% del fatturato (art. 15, l. 287/90).

In particolare, l'art. 15 della legge antitrust prevede un iter sanzionatorio che si articola in diversi momenti. Una volta accertata l'infrazione – nel caso, l'abuso di PD – l'AGCM fissa un termine per l'eliminazione dell'infrazione; vale a dire che essa impone, mediante diffida, la riduzione in pristino della situazione antecedente alla violazione, ovvero la rimozione della situazione anti-giuridica.

Nei casi di abuso di posizione dominante ciò significa un invito all'impresa interessata a desistere dal proseguire nella pratica abusiva; in altri termini, l'AGCM può imporre rimedi di natura *comportamentale* ³⁶ all'impresa responsabile di un abuso di PD. In aggiunta, ove l'infrazione sia grave e tenuto conto della durata della stessa, l'art. 15 prevede l'applicabilità di una sanzione amministrativa pecuniaria, graduabile fino ad un massimo del 10% del fatturato realizzato complessivamente dall'impresa nell'ultimo esercizio ³⁷.

³⁵ Cfr. sul punto le considerazioni svolte dall'AGCM nel caso ENEL – FRANCE TELECOM / NEW WIND, cit., punti 81 e ss.

³⁶ Tali sono i *cease and desist orders* (noti anche alla prassi comunitaria) per far cessare pratiche predatorie, discriminazioni di prezzo, accordi di esclusiva; ovvero l'imposizione di un obbligo positivo di offrire un prodotto o un servizio (anche nella forma di licenze obbligatorie) nei casi di *refusals to supply*.

³⁷ Chiuso anteriormente alla notificazione della diffida. Prima era previsto anche un minimo "edittale" di sanzione pecuniaria: nei casi di infrazione grave il minimo della sanzione era fissato all'1% del fatturato. Con l'art. 11 della l. 5 marzo 2001, n. 57, recante *Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati* (in G.U. del 20 marzo 2001, n. 66), il limite minimo è venuto meno.

Il secondo comma dell'art. 15 prevede altre sanzioni pecuniarie che l'AGCM può applicare in due casi: il primo, quando non vi sia stata infrazione grave e alla diffida sia seguita l'inottemperanza da parte dell'impresa riconosciuta responsabile di un abuso di PD; il secondo, quando oltre alla diffida sia stata già applicata una sanzione pecuniaria e l'impresa non abbia dato seguito alla diffida. Nel primo caso l'ammontare della sanzione può arrivare sino al 10% del fatturato (complessivo di tutte le attività del gruppo cui l'impresa eventualmente appartiene) ³⁸; nel secondo, l'importo minimo non può essere inferiore al doppio della sanzione già applicata e non può, nel massimo, superare il 10% del fatturato.

Una pena accessoria particolarmente incisiva è poi prevista nel caso di reiterata inottemperanza, e consiste nella sospensione dell'attività dell'impresa sino a trenta giorni.

L'intervento repressivo dell'AGCM nei casi di abuso di posizione dominante, incentrato sullo strumento della diffida e della sanzione amministrativa pecuniaria, si fonda dunque su un *giudizio di proporzionalità* fra gravità dell'infrazione ed entità della sanzione, graduabile tra un minimo ed un massimo stabiliti dalla legge. Il giudizio di proporzionalità ha ad oggetto tanto la gravità oggettiva (comprensiva della durata) dell'infrazione, quanto le peculiarità, per così dire, soggettive del caso concreto.

* * *

Tornando ora al caso della posizione dominante nel mercato della generazione elettrica, si ricorderà che la scelta del legislatore è stata nel senso di attribuire all'AGCM le competenze in caso di *superamento* del tetto antitrust del 50% alla produzione (e importazione) sul mercato nazionale. E nel far ciò, è precisato che l'AGCM faccia uso dei poteri disciplinati all'art. 15 della legge antitrust.

Se si tiene presente che l'intervento repressivo, appena descritto, dell'AGCM (ex art. 15, l. antitrust) ha un carattere sostanzialmente pecuniario, c'è da chiedersi se esso risponda effettivamente alle finalità de-concentrative della disposizione in esame (art. 8, d.lgs. n. 79/99), se risulti cioè rispettato il *rapporto di proporzionalità* fra gravità dell'infrazione ed entità della sanzione.

Diviene dunque ineludibile una risposta al quesito sul significato e sulle ricadute della scelta legislativa di aver attribuito espressamente all'AGCM il potere di intervenire nei casi di *superamento* della quota del 50%.

Per rispondere a questo interrogativo, stante le diverse finalità dell'intervento regolatorio e antitrust, merita soffermarsi su due punti.

In primo luogo, diversamente da quanto accade nelle telecomunicazioni ³⁹, la fissazione di un *divieto di superamento* della quota di mercato del 50% - e, conseguentemente, l'implicito riconoscimento della liceità di posizioni corrispondenti a quote di mercato inferiori a tale soglia -, non può essere di per sé idonea ad escludere l'intervento antitrust quando questa non venga raggiunta; anzi, come dimostrato dalla prassi, soprattutto comunitaria, una quota di mercato

³⁸ L'art. 11 della l. n. 57/2001 cit., di modifica della l. n. 287/90, ha, infatti, soppresso il riferimento nel calcolo del fatturato come base per la sanzione, ai « prodotti oggetto dell'intesa o dell'abuso di posizione dominante », in ciò allineandosi al dettato comunitario. Così facendo, la sanzione pecuniaria eventualmente applicabile dall'AGCM potrà raggiungere dimensioni assai consistenti con un effetto dissuasivo ben più forte rispetto al previgente sistema. Esemplicando, una eventuale sanzione ad ENEL Produzione o ad ENEL Erga per abuso di PD sul mercato della generazione elettrica sarebbe calcolata non più sul fatturato di queste, ma su quello dell'intero gruppo, cioè di ENEL Holding.

³⁹ Dove, il raggiungimento della quota del 25% del mercato, idonea a far individuare l'operatore come avente notevole forza di mercato, comporta necessariamente un allargamento delle competenze antitrust dell'AGCOM, posto che una posizione pari al 25% normalmente non pone problemi di ordine concorrenziale.

anche inferiore al 50% è considerata idonea, in presenza di altri indici, a dimostrare la PD e a far scattare il divieto di abuso.

In secondo luogo, l'art. 8 del Decreto Bersani, con un imperfetto meccanismo di riparto di competenze, attribuisce all'AGCM il potere di intervenire nel caso in cui la suddetta quota risulti superata, adottando i provvedimenti di cui all'art. 15 l. 287/90, cioè le diffide e le sanzioni pecuniarie normalmente adottabili in sede di repressione degli abusi di PD; come a dire che il superamento della suddetta quota di mercato sia idoneo a configurare un illecito *per se, sub specie* di abuso di posizione dominante ⁴⁰.

Ora, l'anomalia è di tutta evidenza giacché, escludendo il divieto *per se*, la norma in commento (art. 8, d.lgs. n. 79/99) sembrerebbe limitare i poteri di intervento dell'AGCM nel mercato della generazione elettrica ai soli casi in cui la quota del 50% risulti superata e vi sia stato anche un comportamento abusivo. Evidentemente una simile limitazione verrebbe a vanificare un corretto intervento antitrust, perché anche al di sotto della quota del 50% ben si possono verificare casi di abuso di PD.

Se ne dovrebbe dedurre che la norma in parola *non* abbia inteso circoscrivere l'intervento dell'AGCM ai soli casi di abuso perpetrati da un'impresa che abbia al contempo superato la detta soglia; giacché altrimenti essa avrebbe introdotto un'ulteriore condizione di applicabilità degli artt. 3, l. antitrust e 82 Tratt. CE nel mercato della generazione elettrica.

Soluzione, questa, inaccettabile in quanto porterebbe un'ingiustificata disparità di trattamento fra fattispecie abusive perpetrate nel mercato della generazione elettrica ed altre realizzate in settori diversi.

Né si può pensare che il legislatore abbia inteso che nel mercato della generazione di energia elettrica la PD sussista *solo* al raggiungimento di una quota di mercato superiore al 50%; perché in tal modo si creerebbe un'area di impunità per tutti quei comportamenti, escludenti o impeditivi, realizzati da un operatore che abbia, ad esempio, una quota del 45-48%.

Così, se l'intento del legislatore era semplicemente quello di evocare (*moral suasion*) l'intervento antitrust come pronta sanzione (in veste di insolita panacea) ai possibili abusi dell'operatore dominante sia nei casi di superamento della quota di mercato, sia in quelli di mancato superamento della stessa, il dettato era superfluo, stante la competenza trasversale e tendenzialmente onnicomprensiva dell'AGCM in materia antitrust.

Se, invece, l'intento era quello di prevedere un intervento antitrust, per così dire "rafforzato", nei casi di superamento della quota, a prescindere dall'abuso, se ne dovrebbe dedurre che il ruolo di guardiano dell'AGCM delle condizioni "strutturali" concorrenziali dell'offerta di energia elettrica, comprenda anche e necessariamente interventi *strutturali*, di *divestiture* ⁴¹.

Questi dubbi non sembrano trovare risposta *de iure condito*, posto che allo stato i poteri sanzionatori dell'AGCM sono esclusivamente quelli di diffida e di sanzione pecuniaria di cui all'art. 15, l. antitrust ⁴². Dunque, solo queste sanzioni sarebbero applicabili sia in caso di abuso

⁴⁰ Varrebbe quanto dire che il superamento della quota di mercato del 50% della generazione elettrica costituisca esso stesso un abuso di posizione dominante, cioè un abuso *per se*; figura insolita e sconosciuta al nostro ordinamento antitrust.

⁴¹ Tali sono quei rimedi - noti soprattutto nell'ordinamento statunitense, come soluzione di ultima *ratio* nei casi di *monopolization* (dal caso AT&T a Microsoft), ma anche nella prassi nazionale e comunitaria relativa al controllo delle operazioni di concentrazione - attraverso cui l'impresa viene obbligata a dismettere propri *assets* sia fisici che immateriali (come diritti di proprietà intellettuale).

⁴² Quanto ai poteri di sospensione dell'attività, di cui l'AGCM non ha mai fatto uso, difficilmente si potrebbe ipotizzare una loro applicazione, stante la natura di servizio pubblico che caratterizza le attività elettriche. Inoltre, resterebbe da chiarire se in caso di abuso di PD da parte di ENEL Produzione o di ENEL

di PD, indipendentemente dalla quota di mercato dell'impresa in PD, sia in caso di *superamento* del tetto antitrust del 50%, a prescindere dalla prova di un eventuale abuso.

Soltanto una legge che espressamente attribuisca all'AGCM poteri di imporre, accanto ai noti rimedi *comportamentali*, sanzioni di tipo *strutturale* alle imprese che superino la quota del 50% nel mercato della generazione elettrica potrebbe colmare la lacuna attualmente esistente ⁴³.

Ragionando *de iure condendo*, la risposta all'impasse potrebbe essere ricercata nella *ratio* dell'art. 8 del d.lgs. n. 79/99 e porterebbe, come si cercherà di dimostrare, al necessario riconoscimento all'AGCM di poteri sanzionatori di tipo *strutturale*

Ed in effetti, come più volte precisato, l'art. 8 ha la precipua funzione di spezzare il monopolio di fatto nella generazione elettrica ed introdurre la concorrenza; e nel far ciò il legislatore utilizza lo strumento ritenuto più idoneo: la de-concentrazione del mercato attuata mediante *divestiture* dell'ex-monopolista; cioè mediante l'imposizione di un obbligo di dismissione (*unbundling* proprietario) di parte della capacità produttiva.

L'utilizzo della forma più incisiva di *unbundling* quello proprietario, è dunque ritenuto normalmente, fisiologicamente lo strumento più idoneo allo scopo.

Il richiamo alle note teorie harvardiane dell'antitrust sulle relazioni fra struttura del mercato, condotta delle imprese e performance è evidente. In un mercato con elevate barriere all'entrata e all'uscita, caratterizzato da una struttura altamente concentrata (nel nostro caso, con un *incumbent* dotato di elevato potere di mercato), con significative economie di scala e l'impossibilità di accumulazione di scorte, l'unico modo per garantire la concorrenza è intervenire sulla struttura ⁴⁴. In tal modo si mantiene vivo il processo concorrenziale, assicurando (nel rispetto delle economie di scala presenti) l'efficienza allocativa ed evitando che il potere di mercato, in mano ad un'unica impresa, possa essere esercitato in modo da ostacolare l'ingresso di nuovi operatori.

In altri termini, in questo caso non può trovare applicazione l'impianto logico delle teorizzazioni della Scuola di Chicago ⁴⁵ sull'efficienza del monopolio comunque sottoposto a

Erga, ad essere sospesa sarebbe l'attività di una o entrambe le due società ovvero di qualche impianto di generazione.

⁴³ Ciò che si sarebbe potuto fare in occasione dell'approvazione della recente legge n. 57/01 (cit.), con la quale, come visto, sono state ampliate le competenze dell'AGCM (in tema di abuso di dipendenza economica, come pure di *unbundling* per i monopolisti legali e le imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale) e riformati, in parte, i poteri sanzionatori. Un'occasione persa, dunque, che avrebbe permesso di adeguare l'impianto sanzionatorio dell'AGCM al mutato assetto normativo di poteri e competenze di questa istituzione.

⁴⁴ Si vedano, sul punto i lavori di uno dei padri della Scuola di Harvard (cfr. BAIN J.G., *Industrial Organization*, New York, 1968; ma si veda pure dell'ideatore di paradigma struttura-comportamento-risultato economico, MASON E. S., *Price and production policies of large-scale enterprises*, in 29 *Am. Econ. Rev.*, 1939, p. 61-74), nonché i successivi studi empirici a suffragio delle prime teorizzazioni (cfr. SHERER F. M. – ROSS D., *Industrial market structure and economic performance*, Boston, 1990) e le ricostruzioni del pensiero della Scuola di Harvard di GRILLO M. – SILVA S., *Impresa, concorrenza e organizzazione*, Roma, 1989.

⁴⁵ Sulla cd. Scuola di Chicago si vedano i lavori dell'antesignano BORK R. H., *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, in *Jour. Law Econ.*, 1966, p. 7 ss.; ID, *Antitrust and Monopoly: The Goals of Antitrust Policy*, in *Amer. Econ. Rev., Papers and Proceedings*, 1967, p. 242 ss.; ID, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, 1978, divenuto il manifesto della Scuola. Si vedano altresì POSNER R., *The Chicago School of Antitrust Analysis*, in *U. Pennsylvania Law Review*, 1979, pp. 925-952; LANDES, *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, in *Univ. Chicago L. Rev.*, 1983, pp. 652-678; EASTERBROOK, *The Limits of Antitrust*, in *Texas L. Rev.*, 1984, p. 1; LANDES E POSNER, *Market Power in Antitrust Cases*, in

pressioni concorrenziali esterne. Difatti, le imperfezioni connaturate al funzionamento del mercato della generazione elettrica « non tendono, contrariamente a quanto sostenuto dagli economisti di Chicago, “naturalmente” ad aggiustarsi nel lungo periodo, ma piuttosto possono cumularsi attraverso l’esercizio del potere di mercato (..) ed ostacolare grandemente lo stesso processo concorrenziale »⁴⁶.

Così, la violazione del divieto di superamento della quota del 50% nella generazione elettrica dovrebbe far scattare un intervento *rafforzato* dell’AGCM, con possibilità di rimedi deconcentrativi sul mercato nei confronti dell’impresa responsabile; e ciò sia che si riconduca il divieto in parola – secondo un’impostazione che non si condivide - alla fattispecie tipica dell’abuso di PD ex artt. 3, l. n. 28/90 e 82, Tratt. CE⁴⁷, sia che lo si consideri come condizione legittimante un intervento *rafforzato* dell’AGCM.

La prima delle due impostazioni (superamento della quota del 50% come abuso di DP) non sembra soddisfacente, in quanto portatrice di una forte deviazione dalla *ratio* dell’abuso di PD, che normalmente non prevede rimedi strutturali nei casi di abuso.

Il divieto di abuso è, infatti, tradizionalmente inteso come una fattispecie afferente al comportamento di quelle imprese dotate di notevole forza sul mercato, la cui posizione dominante è legittima ed intangibile. L’impresa in posizione dominante è solo sottoposta ad una speciale responsabilità, funzionalmente legata al mantenimento delle pur residue condizioni di concorrenza esistenti sul mercato. Essa è sì garante, per quanto dipenda dalle proprie condotte, della sopravvivenza dei propri, pur piccoli, concorrenti, ma non al punto di vedersi imposta una riduzione del proprio peso specifico sul mercato a mezzo di provvedimenti di dismissione.

Inoltre, l’art. 8 del d.lgs. n. 79/99 non fa menzione di comportamenti abusivi; dunque, configurando il superamento della soglia come abuso di PD, si verrebbe a sottrarre all’applicabilità delle sanzioni di cui all’art. 15, l. antitrust (ed eventualmente a quelle strutturali di cui si discute) un presupposto normalmente necessario nella fattispecie di abuso di PD.

Inoltre, ciò varrebbe ad affermare che i rimedi di cui all’art. 15, l. antitrust possano applicarsi in generale anche a prescindere dall’abuso della PD e, quindi, anche quando (per tornare al caso della generazione elettrica) il superamento della soglia del 50% avvenga per crescita interna, cioè in un’alea che solitamente non compete all’AGCM. Ancora una volta ci si troverebbe di fronte ad un inammissibile snaturamento della *ratio* dell’illecito e della sua sanzione.

Harv. L. Rev., 1981, p. 937 e EASTERBROOK, LANDES, POSNER, *Contribution among Antitrust Defendants: A Legal and Economic Analysis*, in *J. of Law and Econ.*, 1980, pp. 331-370.

⁴⁶ Così F. GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 1997, p. 47 ss. che così prosegue: « la rottura di una posizione di monopolio, pur se efficiente, può cioè comportare delle perdite di benessere nel breve periodo, ma risultare vantaggiosa nel lungo. Per poter funzionare pienamente, il processo concorrenziale può dunque richiedere un intervento pubblico che agisca sulle imperfezioni e lo sostenga. (..). Per evitare che [l’esercizio del potere di mercato ostacoli grandemente il processo concorrenziale] occorre favorire il permanere, ovunque possibile, di strutture di mercato caratterizzate da un elevato numero di attori, ostacolando le pratiche di monopolizzazione e l’innalzamento di barriere strategiche all’entrata, ed in alcuni casi la stessa costituzione (per crescita interna o esterna) di una posizione monopolistica ».

⁴⁷ In questa ipotesi, che non si ritiene di condividere, non sarebbe necessario creare una autonoma figura di illecito antitrust, ulteriore rispetto all’abuso di posizione dominante, bensì sarebbe possibile ricondurre l’ipotesi *de quo* (intervento dell’AGCM ove risulti superata una certa quota di mercato, con l’impiego di sanzioni sia comportamentali e pecuniarie che *strutturali*, nel solo mercato della generazione elettrica) al caso di abuso di PD, qualificato per il fatto che l’abuso verrebbe a coincidere in uno col superamento della quota del 50%, senza bisogno che l’eventuale atto con cui la si supera - eventualmente anche crescita spontanea - assuma i caratteri dell’abuso.

Allora, l'art. 8, d.lgs. n. 79/99 andrebbe letto nel contesto in cui nasce: esso rappresenta il portato di maggior momento della liberalizzazione di un servizio di pubblica utilità, quello elettrico, caratterizzato dalla presenza ultra trentennale di un monopolista verticalmente integrato. Questa importante disposizione è una norma pro-concorrenziale, di ispirazione antitrust, sulla *struttura* del mercato della generazione.

Tanto varrebbe, tenuto conto delle considerazioni più sopra svolte, a radicare almeno due conclusioni. In primo luogo, l'art. 8, d.lgs. n. 79/99 andrebbe qualificato come norma che fissa una condizione di legittimo intervento dell'AGCM nel mercato elettrico al di fuori ed in aggiunta ai casi di abuso di PD. In secondo luogo, l'aver attribuito il potere di intervento all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, dovrebbe portare, *de iure condendo*, al riconoscimento del potere di adottare, nel solo mercato della generazione elettrica e solo ove rilevi che la quota del 50% sia superata, *anche* provvedimenti strutturali.

Quanto alla possibile obiezione che, così facendo, si rischia di introdurre un elemento di confusione di ruoli fra legislatore, regolatore e Autorità antitrust, poiché mai provvedimenti di *divestiture* potrebbero essere adottati dall'AGCM, posto che solo il legislatore, in sede di ridefinizione di una morfologia più marcatamente concorrenziale del mercato, potrebbe imporre una separazione orizzontale e proprietaria dell'operatore ex-monopolista, potrebbe valere la considerazione che è lo stesso legislatore che, per mezzo del Decreto Bersani art. 8, ha inteso introdurre forme di concorrenza diretta nella generazione di energia elettrica, delegando poi all'AGCM i poteri di intervento a garanzia del rispetto dei divieti da esso stabiliti.

La soluzione proposta, di riforma dei poteri dell'AGCM per riconoscerle, almeno nella generazione elettrica, poteri di intervento anche strutturali sembra trovare nuovi elementi di suffragio o quantomeno di riflessione nella recente Bozza di Regolamento Comunitario sulla Modernizzazione del diritto antitrust, di riforma del Regolamento di procedura n. 17 (del 1962)⁴⁸ come pure nelle istanze di *Regulatory Reform* elaborate a livello OCSE che, fra non molto, investiranno anche l'apparato regolamentare italiano⁴⁹. Entrambi, infatti, propugnano la possibilità per un'autorità antitrust (rispettivamente, la Commissione CE e le Autorità nazionali) di adottare provvedimenti strutturali anche nei casi di abuso di posizione dominante (oltre che nelle operazioni di concentrazione).

Soffermandosi sulla prima, è noto che l'intera riforma del diritto antitrust comunitario è incentrata sulla *devolution*, in favore delle autorità nazionali, delle decisioni sui casi di intese e abusi di posizione dominante. L'art. 7 della Bozza, rubricato « Costatazione ed eliminazione

⁴⁸ Cfr. Libro Bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli artt. 85 (ora 81) e 86 (ora 82) del Trattato CE, del 28 aprile 1999, in G.U.C.E. C132 del 12 maggio 1999 e l'art. 7 della Proposta di Regolamento del Consiglio concernente l'applicazione alle imprese delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato recante Modifica dei regolamenti (CEE) n. 1017/68, (CEE) n. 2988/74, (CEE) n. 4056/86 e (CEE) n. 3975/87 COM(2000) 582, definitivo 2000/0243 (CNS), presentata dalla Commissione il 27 settembre 2000.

⁴⁹ Cfr. l'interessante rapporto OCSE su *Regulatory Reform in Italy*, presentato lo scorso 4 aprile 2001 alla Presidenza del Consiglio dei Ministri. Come si legge da un estratto tradotto del Capitolo III del Rapporto «L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (...) ha acquisito rapidamente un ruolo rilevante nel dibattito istituzionale e la sua funzione principale è stata quella di promuovere gli obiettivi della concorrenza in tutti gli ambiti dell'attività governativa. Si rende necessaria un'efficace e coerente cooperazione tra i regolatori e le agenzie responsabili di interventi regolativi che producono effetti sulla concorrenza. Ciò vale, in particolare, durante la fase critica di transizione dal regime di monopolio al regime di concorrenza. Al fine di consentire una ancor più efficace applicazione delle norme sulla concorrenza, occorre attribuire all'Autorità la possibilità di ricorrere a un più ampio ventaglio di sanzioni ».

delle infrazioni »⁵⁰, ampliando i poteri sanzionatori che residueranno alla Commissione CE precisa che essa potrà imporre « l'esecuzione di *tutte* le misure necessarie [per porre fine all'infrazione constatata] *inclusi rimedi di natura strutturale* ». Tali rimedi, come si legge dalla relazione all'art. 7, « possono in effetti essere determinanti per far cessare realmente una violazione. Ciò può avvenire in particolare nel caso di certi accordi di cooperazione *e abusi di posizione dominante*, in cui può essere necessaria la *dismissione di talune attività* ».

Così, se il ricorso a rimedi strutturali divenisse ammissibile per riparare a casi di *abuso di posizione dominante*, a maggior ragione potrebbe esserlo in sede di applicazione dell'art. 8, d.lgs. n. 79/99, quando, cioè, nuovi poteri sono attribuiti all'autorità antitrust proprio al fine di garantire il buon esito di un processo di liberalizzazione.

Per questa via, l'investitura dell'AGCM del potere di intervento nel caso di *superamento* della quota di mercato della generazione elettrica del 50% richiederebbe – vale ripeterlo –, nel quadro di una generale riforma dei poteri sanzionatori dell'AGCM, all'attribuzione del potere di adottare, oltre ai provvedimenti classici dell'art. 15, l. n. 287/90, anche provvedimenti strutturali.

In tal modo risulterebbe rispettato il *rapporto di proporzionalità* fra l'infrazione (il superamento della quota di mercato del 50%) e la sanzione (nel caso specifico, la dismissione di parte di capacità produttiva⁵¹) richiesto dall'art. 15 della legge antitrust.

Un'ultima notazione. Il divieto dell'art. 8, d.lgs. n. 79/99 non sarebbe applicabile e l'AGCM non potrebbe sanzionare l'impresa intervenendo nel modo suddetto quando il superamento della quota di mercato del 50% fosse, per così dire, “involontario” (in quanto, ad esempio, conseguenza del fallimento di concorrenti). In tal caso, infatti, non solo potrebbero non esserci imprese pronte ad acquisire capacità produttiva ma si contravverrebbe alla *ratio* della norma, posta a presidio del pluralismo e contro la dominanza di uno solo: in altri termini si verrebbe a torto a sanzionare, mortificandolo, l'operatore divenuto suo malgrado dominante ed eccedentario.

Viceversa, nel momento in cui un nuovo soggetto dovesse affacciarsi sul mercato e “richiedere” all'operatore dominante la quota di mercato “eccedentaria”, l'art. 8, d.lgs. n. 79/99 tornerebbe ad essere *enforceable*, legittimando la dismissione coattiva di capacità produttiva in suo favore.

In conclusione, ove dovesse trovare attuazione la proposta riforma dell'art. 15, l. 287/90 sui poteri sanzionatori dell'AGCM, l'intervento di questa nel mercato della generazione elettrica “*nei casi di superamento della quota del 50%*” (ex art. 8, d.lgs. n. 79/99), potrebbe così articolarsi:

⁵⁰ L'Art. 7 (Constatazione ed eliminazione delle infrazioni) rientra nel Capo III (Decisioni della Commissione) della Bozza di Regolamento, il quale disciplina i poteri che rimarranno in capo alla Commissione una volta che la *devolution* sarà attuata. Esso, in particolare, stabilisce che « 1. Se la Commissione constata, in seguito a denuncia o d'ufficio, un'infrazione dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del Trattato, può obbligare, mediante decisione, le imprese e associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata. A tal fine può imporre loro l'adozione di *tutte le misure necessarie, inclusi rimedi di natura strutturale*. (...) ».

⁵¹ Come alternativa di breve periodo, si potrebbe pensare anche a provvedimenti non strutturali che imponessero all'Acquirente Unico (soggetto preposto all'acquisto di energia da destinare al mercato dei clienti vincolati) di approvvigionarsi, per una quota consistente di energia presso produttori diversi da ENEL. Questo provvedimento, che verosimilmente spetterebbe all'Autorità di regolazione nell'ambito delle sue attribuzioni in funzione della *promozione* della concorrenza e di regolazione asimmetrica, permetterebbe *medio tempore* ai concorrenti di ENEL di affermarsi sul mercato e guadagnare forza. Va tuttavia precisato che allo stato, per le ragioni esposte nel testo, la capacità produttiva alternativa ad ENEL è ancora scarsa e fatica a svilupparsi.

1. nei casi di *abuso di posizione dominante* realizzati da un'impresa che detiene una quota di mercato *inferiore* alla soglia del 50%, l'AGCM avrebbe i poteri classici di diffida e sanzione pecuniaria ex art. 15, l. 287/90;
2. nei casi di *superamento* della soglia, anche se per crescita interna (fatto salvo il caso di superamento "involontario"), in presenza o in assenza di un comportamento abusivo, l'AGCM avrebbe *anche* i poteri "rafforzati" di *divestiture* ex art. 8 d.lgs. n. 79/99.

Bibliografia essenziale

Il lavoro si avvale principalmente di uno studio del testo delle norme di legge (l. 10.10.1990, n. 287 – cd. legge antitrust -; d.lgs. 16.03.1999, n. 79 - cd. Decreto Bersani, di liberalizzazione del mercato elettrico italiano -; l. 14.11.1995, n. 481 - istitutiva dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas -; l. 31.07.1997 n. 249 - istitutiva dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni -; l. 05.03.2001, n. 57 artt. 10 e 11 – di modifica della l. antitrust -; DPR 19.09.1997 n. 318 – di attuazione di direttive comunitarie di apertura del settore delle telecomunicazioni -); nonché dei provvedimenti e delle delibere dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato e dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas.

Si omettono i riferimenti bibliografici relativi ai profili di diritto della concorrenza e di regolazione dei servizi di pubblica utilità, data la copiosa elaborazione dottrina, sia giuridica che economica; per i quali si rinvia ai principali manuali ed articoli in materia.

Sulla regolazione elettrica in Italia, con particolare attenzione al dato economico, oltre agli Autori citati nel testo, si vedano: G. CERVIGNI – M. D'ANTONI, *Monopolio naturale, concorrenza e regolamentazione*, Roma, 2001; D. GERADIN, *The Liberalization of State Monopolies in the European Union and Beyond*, Kluwer Law International, 2000; C. SCARPA, *Chi ha paura della concorrenza nel settore elettrico? Note a margine del decreto Bersani*, in *Mercato concorrenza regole*, 1999, p. 105 ss.; M. POLO - C. SCARPA, *La riforma del settore elettrico in Italia: una privatizzazione al buio?*, in F. Giavazzi, A. Penati e G. Tabellini (a cura di), *Liberalizzazione dei mercati e privatizzazioni*, Bologna, 1998; M. POLO – C. SCARPA, *The Italian electricity sector between privatization and fear of competition*, in M. BALDASSARRI, A. MACCHIATI E D. PIACENTINO (a cura di) *The Privatization of Public Utilities. The case of Italy*, London, 1996; PERA, *Privatizzazioni, liberalizzazione e recenti orientamenti della regolamentazione*, in *Rivista di politica economica*, 1995, XI, p. 17-35.

Ancora sulla regolazione del mercato elettrico, ma più specificatamente in relazione ai poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (istituita con legge 14 novembre 1995, n. 481) si vedano: A. BARDUSCO, G. CAIA, G. DI GASPARE (a cura di), *Commentario della legge 14 novembre 1995, n. 481*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, p. 228 ss.; AA. VV., *Attività regolatoria e autorità indipendenti: l'Autorità per l'energia elettrica e il gas* (Atti del Convegno di Studi tenuto a Roma il 2-3 febbraio 1996), Quaderni della *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, n. 13, Milano: *ivi*, in particolare, i contributi di G. DE VERGOTTINI, *L'Autorità di regolazione dei servizi pubblici e il sistema costituzionale dei pubblici poteri*, p. 3 ss., G. QUADRI, *L'Autorità indipendente per il settore energetico*, p. 118 ss. e S. AMOROSINO, *Il processo di costruzione dell'Autorità e del mercato regolato dell'energia*, p. 129 ss.; S. CASSESE E C. FRANCHINI, (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996.

Sul processo comunitario di apertura alla concorrenza del mercato dell'elettricità, specie con riguardo alla Direttiva 96/92/CE sul mercato interno dell'energia elettrica, si rinvia alla recente monografia di A. COLAVECCHIO, *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario*, Bari, 2000 e alla copiosa bibliografia *ivi* citata.

Sul cd. Decreto Bersani (d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79), di riforma e liberalizzazione del mercato elettrico italiano e di attuazione nell'ordinamento della Direttiva 96/92/CE, si vedano: A. CLÒ, *La regolazione elettrica in Italia: una prima revisione critica*, in *Energia*, n. 4/2000 e ID., *La riforma elettrica dopo 15 mesi: quale giudizio?*, *ivi*, n. 2/2000; F. DI PORTO, *Il Decreto Bersani (D.Lgs. n. 79/99). Profili pro-concorrenziali della riforma del mercato elettrico*, in *Concorrenza e mercato*, 8/2000, p. 406; C. CAMPIDOGLIO, *Cessioni Enel e possibili effetti sulla concorrenza*, in *Energia*, n. 2/2000; G.G. GENTILE, *L'apertura del mercato interno dell'elettricità*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, anno

1999, cap. III, sez. III p. 37 ss, ID., *La riforma del settore elettrico: continuità e discontinuità dell'intervento pubblico*, in *Rass. Giur. dell'energia elettrica*, 1999, p. 285 ss.