

GIUSEPPE MORBIDELLI

REGOLAZIONE E CONCORRENZA NEL MERCATO ENERGETICO

SOMMARIO: 1. Nozione di regolazione. – 2. Le lacune di competitività nel mercato europeo dell'energia. – 3. La disciplina comunitaria pro-competitiva e i vari modelli di *unbundling*. – 4. La normativa in punto di indipendenza delle autorità regolatrici. – 5. La non tassatività e la ridotta "raffrontabilità" dei compiti e dei poteri affidati alle autorità di regolazione nel nostro ordinamento. – 6. Per una puntuale definizione delle competenze delle autorità di regolazione. – 7. Rapporti nei vari ordinamenti europei tra disciplina *antitrust* "pura" e misure regolatorie del mercato energetico. – 8. I criteri di risoluzione delle antinomie tra *antitrust* e regolazione di settore.

1. Nozione di regolazione

Potremmo disquisire sul termine regolazione. Mi limito a dire che il termine ha la sua origine nella *administrative regulation*, che esprime una funzione di controllo continuo e focalizzato, esercitato da una Autorità pubblica neutrale, in ordine ad una attività o un settore cui si attribuisce particolare rilevanza sociale, controllo che si esprime sia in attività positiva (atti di indirizzo, regolamenti, autorizzazioni, ecc.), sia in attività successiva di verifica, sia in attività di *moral suasion*, sia in attività propositiva¹. È cioè una definizione che pone l'accento sul dato teleologico (finalità comune) e strutturale, rappresentato dalla somma in un'unica autorità pubblica di estesi e variegati poteri afferenti ad un dato settore: normativi, amministrativi in senso stretto, di "influenza", conciliativi, consultivi, paragiurisdizionali². In

¹ Su quest'ultimo elemento v. S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesaro, M. D'Alberty, *Dalla regolazione alla concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2000, 13, il quale aggiunge che la regolazione «si esplica con modalità "process oriented": contraddittorio, partecipazione, trasparenza».

² V. per una analisi della nozione di regolazione, delle sue componenti, della sua origine e dei suoi scopi S. Valentini, *Diritto ed istituzioni della regolazione*, Milano, Giuffrè, 2005; v. altresì M. Clarich, *I procedimenti di regolazione*, in Aa.Vv., *Il procedimento davanti alle Autorità*

altri termini la regolazione assomma in sé tre componenti: l'unitarietà dell'obiettivo (tutela del pluralismo, delle comunicazioni, della concorrenza, della riservatezza, della stabilità); il rivolgersi al futuro (e non al passato, come nell'*adjudication*), sebbene complementare all'attività di direzione e sanzione è quella di vigilanza e controllo; infine la compresenza e convergenza di funzioni a tal fine. Sicché la normazione, l'esecuzione, la vigilanza sono tra loro collegate e funzionali allo stesso obiettivo. Ulteriore caratteristica è, o meglio dovrebbe essere, l'attribuzione di tale funzione ad una autorità dotata di indipendenza, che opera attraverso procedure trasparenti e aperte al contraddittorio³. Non mancano però casi in cui la regolazione è affidata ad autorità prive di indipendenza.

Le varie potestà costituiscono un "sistema": non si tratta di funzioni separate, bensì interconnesse, anche se logicamente distinte fra di loro, e che sono volte a regolare attività future (o a controllare che tale regolazione sia osservata). Con riferimento poi all'area dell'energia elettrica e del gas la regolazione va intesa come strumento per introdurre la concorrenza in mercati caratterizzati da monopoli naturali e, comunque, dalla presenza di forti *incumbents*.

2. Le lacune di competitività nel mercato europeo dell'energia

Che la produzione di energia, la sua trasmissione e in genere tutta la sua filiera abbia valore strategico è scontato. Come pure è acquisito che gli Stati abbiano sempre avuto in materia un ruolo diretto o comunque forte (v. art. 43 Cost.). Basti dire che da noi, anche dopo il Trattato di Roma, e pure in presenza di due comunità dedicate espressamente a fonti energetiche (Cee e Euratom), v'è stata la nazionalizzazione della energia elettrica ossia un'iniziativa del tutto antitetica ad un mercato competitivo. Né diversa, in sostanza, era la situazione per l'attività di produzione e trasporto del gas.

Tuttavia soprattutto per effetto dell'Atto Unico e della spinta verso un mercato davvero unitario vi sono state prima una serie di iniziative verso la realizzazione di un vero mercato dell'energia (v. già il documento della Commissione del maggio 1998, *Energia in Europa*) e un crescendo di atten-

independenti (Quaderni del Consiglio di Stato), Torino, Giappichelli, 1999, e S.A. Frego Luppi, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999, 22.

³V. ancora S. Cassese, *op. ult. cit.*

zione della Comunità verso una competitività in tali settori. Va del resto ricordato che le varie iniziative europee (a partire dalla direttiva 90/377/Cee del Consiglio, 29 giugno 1990, in materia di trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di elettricità e gas al fine di incentivare una più equa determinazione dei prezzi dell'industria; dalla direttiva 90/547/Cee del Consiglio, 29 ottobre 1990, nota come "*common transit directive*" relativa al transito di energia elettrica sulle grandi reti ad alta tensione al fine di ridurre i costi dell'energia elettrica, di assicurare la sicurezza nell'approvvigionamento e la compatibilità della produzione dell'energia elettrica con l'ambiente; dalla direttiva 91/296/Cee del Consiglio, 31 maggio 1991, concernente il transito di gas naturale sulle grandi reti; dalla direttiva 94/49/CE della Commissione, 11 novembre 1994, che aggiorna l'elenco degli enti di cui alla direttiva 91/296/Cee del Consiglio concernente il transito di gas naturale sulle grandi reti, alle direttive di elettricità e gas del 1996-1998, sino alle direttive elettricità e gas del 2003), derivavano non solo dalla esigenza di disciplinare il mercato dell'energia in sé ma anche dal fatto che l'energia intrinsecamente costituisce componente di altri beni e servizi, sicché deve essere regolamentata per assicurare – attraverso la loro normale disponibilità – la libera circolazione⁴.

Del resto questo è ribadito anche al punto 3 delle "posizioni comuni" del Consiglio 9 gennaio 2009, n. 8 e 9, «la libera circolazione delle merci, la libera fornitura dei servizi e la libertà di stabilimento, assicurate ai cittadini dell'Unione del trattato, possono tuttavia essere attuate soltanto in un mercato completamente aperto, che consenta ad ogni consumatore la libera scelta dei fornitori e ad ogni fornitura la libera fornitura ai propri clienti».

La situazione attuale è quella rappresentata nei numerosi "considerando" delle direttive del 2009 e prima nelle "posizioni comuni" del Consiglio e prima ancora nella Comunicazione della Commissione del Consiglio e del Parlamento Europeo del 2007 al Consiglio del Parlamento Europeo. In sostanza le direttive del 2003 pure se innovative e foriere di competitività hanno dimostrato notevoli lacune, o comunque vi sono stati notevoli incertezze e ritardi nella loro attuazione. Basti dire che nel giugno 2009 la Commissione europea aveva avviato procedimenti di infrazione contro 25 Stati membri con riferimento all'elettricità e contro 21 Stati membri riguardo al gas. Le principali infrazioni individuate riguardavano la mancanza di trasparenza, gli insufficienti sforzi di coordinamento da parte

⁴ Cfr. G. Caia e N. Aicardi, voce, *Energia*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Parte speciale, vol. I, Milano, Giuffrè, 1997, 694.

degli operatori dei sistemi di trasmissione a rendere disponibile la massima capacità di interconnessione, l'assenza di cooperazione a livello regionale, il mancato controllo dell'applicazione della normativa da parte delle autorità competenti degli Stati membri e l'assenza di adeguate procedure per la risoluzione delle controversie. Nell'ottobre 2009 la Commissione ha avviato ulteriori procedimenti d'infrazione nei confronti di due Stati membri in relazione al transito e allo stoccaggio del gas. Aggiungasi che i procedimenti di infrazione avviati dalla Commissione sono sfociati in sentenze della Corte di giustizia che ha condannato la Svezia e il Belgio per aver applicato in modo scorretto le disposizioni in materia di competenze delle autorità nazionali di regolamentazione rispetto alle tariffe della rete. In un altro caso, il Belgio è stato condannato per non avere designato il gestore nazionale della rete di trasporto del gas⁵.

I punti maggiormente critici, con conseguenze anticompetitive sono stati così individuati:

a) mancata o insufficiente separazione tra i gestori delle reti e i soggetti che operano nel settore della produzione e della fornitura. Le conseguenze di tale stato di cose incidono sull'accesso alle reti, che sovente è discriminato o soggetto a tariffe non trasparenti e discriminatorie;

b) la limitatezza o comunque insufficiente indipendenza dei regolatori, e anche le loro insufficienti competenze a disciplinare la materia;

c) la presenza di strozzature transfrontaliere, congestioni e l'assenza di interconnessioni infrastrutturali nelle reti dell'energia;

d) la tutela non effettiva e piena dei consumatori: ciò anche al fine di promuovere la partecipazione attiva dei consumatori al mercato interno dell'energia, aumentare l'efficienza energetica, favorire un'integrazione su larga scala delle energie rinnovabili, oltre che per ampliare i servizi in campo energetico, migliorare la trasparenza del mercato e facilitare il cambio di operatore.

A questo (e altro) si è ritenuto di porre rimedio, in tutto o in parte, attraverso un robusto pacchetto di atti normativi: la direttiva 2009/72/Ce relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, che abroga la direttiva 2003/54/Ce; la direttiva 2009/73/Ce, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale, che abroga la direttiva 2003/55/Ce; il regolamento (Ce) n. 713/2009, che istituisce un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia; il regolamento

⁵V. comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo 11 marzo 2010.

(Ce) n. 714/2009, relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica, che abroga il regolamento (Ce) n. 1228/2003; il regolamento (Ce) n. 715/2009, relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale, che abroga il regolamento (Ce) n. 1775/2005.

3. La disciplina comunitaria pro-competitiva e i vari modelli di *unbundling*

Non è qui possibile dar conto di tale esteso plesso normativo. Preme però mettere in luce, con riferimento alla tematica della separazione tra gestione della rete e attività di produzione e fornitura, le complesse e dettagliate norme in materia di separazione del trasporto rispetto alle altre attività del settore dell'energia elettrica e del gas. Si consideri, infatti, che il punto debole ai fini concorrenziali del "sistema energia" è rappresentato dalle reti e dalla loro gestione, attività tutt'ora svolta in monopolio naturale o, comunque, in forte oligopolio. Di qui la sottrazione alla concorrenza dell'attività di gestione delle reti (trasporto, distribuzione, stoccaggio) e, di riflesso, l'adozione di tutta una serie di correttivi per evitare sovrapposizioni e integrazioni anticompetitive. In materia di energia, la disciplina comunitaria si fonda sul postulato in base al quale non è – in genere – economicamente sostenibile la moltiplicazione delle reti. Conseguentemente, la liberalizzazione non ha inciso sulle situazioni di monopolio esistenti in materia di gestione delle reti. Ha rimediato, invece, alle possibili conseguenze pregiudizievoli derivanti da tali situazioni, imponendo obblighi di (consentire) l'accesso alle reti, fissandone le tariffe e prevedendo obblighi di separazione per i gestori delle reti. A rigore, quindi, la completa apertura alla concorrenza ha riguardato solo le fasi dell'approvvigionamento e della vendita della risorsa energetica. In realtà, quanto alla gestione delle reti energetiche esistono ambiti in cui vige un vero e proprio monopolio legale (gestione della rete di trasmissione elettrica; gestione della rete di distribuzione del gas; gestione della rete di distribuzione elettrica), poiché le relative attività possono essere svolte da un solo soggetto, e ambiti in cui esiste un monopolio (o oligopolio) naturale (gestione delle reti di trasporto e dei terminali di gas naturale liquefatto – Gnl).

La direttiva del 2009, conseguentemente, contiene numerose disposizioni finalizzate a garantire la separazione (*unbundling*) effettiva delle attività di approvvigionamento e produzione dalle operazioni di gestione della rete, che dovranno essere poste in essere dagli Stati a decorrere dal 3 marzo 2012.