

# **La tutela della concorrenza nel mercato elettrico: analisi giuridico – economica e proposte di completamento del quadro comunitario**

**Massimo Beccarello<sup>1</sup>**

**Francesco Piron<sup>2</sup>**

**Sommario:** il processo di liberalizzazione del mercato elettrico non ha ancora prodotto negli stati membri dei livelli adeguati sotto il profilo concorrenziale. Alle rigidità tipiche del settore (vincoli infrastrutturali e legali, elevati costi fissi, forti barriere all'entrata) si sono accompagnate delle scarse misure comunitarie per favorire il sorgere di strutture di mercato competitive, a livello di singolo paese e più in generale europeo. L'obiettivo di questo articolo è quello di analizzare le principali criticità, sotto il profilo della tutela della concorrenza, delle recenti Direttive e Regolamenti per il settore elettrico. Successivamente sono analizzate le principali difficoltà di indagine economica associate alle caratteristiche del mercato elettrico che ostacolano le valutazioni di rilevanza anticoncorrenziale da parte delle imprese operanti. Sulla base delle principali esperienze internazionali e di altri settori, si propongono alcune linee di integrazione della normativa comunitaria, e di conseguenza nazionale, al fine di garantire la tutela della concorrenza in un quadro comunitario di convergenza verso il mercato unico dell'energia elettrica.

---

<sup>1</sup> Facoltà di Economia Università Milano Bicocca.

<sup>2</sup> Collaboratore Direzione Legislativo e Legale dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas. Il contenuto dell'Articolo, le opinioni espresse, impegnano esclusivamente gli autori ed in alcun modo gli enti con i quali collaborano.

## **Introduzione**

Il mercato dell'energia elettrica sta attraversando un periodo di trasformazioni senza precedenti. Il processo di liberalizzazione europeo avviato con le Direttive comunitarie per il settore elettrico<sup>3</sup> e del gas naturale<sup>4</sup> non è ancora riuscito a produrre pienamente un processo di convergenza in termini di competitività e costo dell'energia tra gli stati membri<sup>5</sup>. In larga misura ciò è dovuto alla forte eterogeneità degli assetti produttivi del settore elettrico presenti negli stati membri, alle diverse politiche di apertura e recepimento delle Direttive comunitarie e ai forti vincoli infrastrutturali che impediscono una effettiva integrazione dei mercati nazionali. Inoltre, è opportuno sottolineare che il modello competitivo con il quale la Commissione ha avviato la liberalizzazione dei mercati si basa su un graduale ampliamento delle classi di consumatori che potranno scegliere liberamente i propri fornitori, demandando totalmente agli stati membri la definizione della struttura del mercato dal lato dell'offerta. La stessa Commissione europea, alla luce dei dati emersi nel terzo "*benchmarking report*"<sup>6</sup> sullo stato di implementazione delle citate direttive di liberalizzazione, ha lamentato, con precipuo riferimento al settore elettrico, un livello di *unbundling* ancora insufficiente, il mantenimento di artificiali barriere all'ingresso tra i mercati che si configurano ancora come nazionali, l'applicazione di condizioni di accesso alle infrastrutture essenziali non trasparenti e discriminatorie, nonché la mancanza di mercati dell'energia elettrica sufficientemente strutturati e liquidi. Tale denuncia, con particolare riferimento agli ultimi due aspetti appena detti, è stata poi reiterata anche dal CEER nel documento "*Completing the Internal Energy Market: the missing steps*" presentato al secondo Forum mondiale sull'"*Energy Regulation*"<sup>7</sup>.

Com'è noto, l'industria elettrica è una così detta industria a rete ove l'accesso libero e a condizioni non discriminatorie alle reti di trasmissione e di distribuzione è di cruciale importanza per assicurare l'effettiva concorrenza nel resto della filiera a valle. Allo stesso tempo, le reti di trasmissione e di distribuzione mostrano spiccati elementi di monopolio naturale che implicano, a loro volta, rischi significativi per la concorrenza nel mercato<sup>8</sup>.

Tali rischi possono essere ben compresi considerando l'ipotesi di un operatore generatore verticalmente integrato nelle varie fasi della filiera a valle. In tale caso, infatti, un operatore che già detiene o riesce ad acquisire, per intero o in parte, direttamente o indirettamente mediante altre società del medesimo gruppo a cui

---

<sup>3</sup> Si veda la Direttiva 96/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 dicembre 1996, recante "*Norme comuni per il mercato elettrico*", in GUCE L 27 del 30.01.1997, p. 20.

<sup>4</sup> Si veda la Direttiva 98/30/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, recante "*Norme comuni per il mercato interno del gas naturale*" in GUCE L 204 del 21.07.1998, p. 1.

<sup>5</sup> Si veda, ad esempio, l'ultimo rapporto Eurostat (gennaio 2005) sul confronto comparato dei prezzi di energia elettrica e gas.

<sup>6</sup> Cfr. il documento della Commissione europea "*DG TREN*", "*Draft working paper, third benchmarking report on the implementation of the internal electricity and gas market*", Brussels, 01/03/2003 SEC (2003); gran parte delle criticità ivi segnalate erano già state evidenziate nel "*Second benchmarking report on the implementation of the internal electricity and gas market*", Brussels, 01/10/2002 SEC (2002) 1038.

<sup>7</sup> Cfr. "*Completing the Internal Energy Market: the missing steps*", presentato in data 6 ottobre 2003 al secondo *Forum on Energy regulation*, in <http://www.ceer-ue.org>.

<sup>8</sup> Si vedano, in proposito, le segnalazioni dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas in materia di terzietà delle reti elettriche e gas.

appartiene, la rete di trasmissione, riuscirà ad ottenere dei vantaggi competitivi unici rispetto ai concorrenti nel segmento della generazione. Ed è facilmente intuibile come, in simili circostanze, tale operatore sarà in grado di controllare agevolmente l'accesso all'utenza finale sfruttando in tal modo un vantaggio competitivo asimmetrico rispetto ai concorrenti<sup>9</sup>.

### **1. Aspetti critici della recente riforma comunitaria**

Alla luce degli aspetti problematici sin qui sinteticamente rappresentati, è sicuramente apprezzabile la recente riforma della legislazione comunitaria di settore<sup>10</sup> volta ad accelerare il completamento del mercato unico dell'elettricità con strumenti quali l'adozione di misure pro-concorrenziali e l'implementazione di misure per favorire gli scambi di energia elettrica intracomunitari. Il modello regolatorio riaffermato dalla citata riforma prevede infatti, da un lato, l'applicazione di una regolazione di settore specifica agli elementi di monopolio naturale tipici dell'industria elettrica, ossia alle reti di trasmissione e di distribuzione, dall'altro, l'applicazione degli strumenti tipici del diritto della concorrenza agli elementi competitivi di questo, ossia al mercato della fornitura all'ingrosso e al dettaglio.

In particolare, il regolamento CE 1228/03 sugli scambi transfrontalieri di energia sembra avviare concretamente la fase finale del processo di liberalizzazione orientando il mercato europeo verso la creazione di un'unica piattaforma negoziale. In prospettiva, l'integrazione dei mercati potrebbe superare i vincoli strutturali che bloccavano le dinamiche competitive all'interno dei singoli stati allargando il mercato di riferimento su scala europea.

Peraltro, nonostante l'adozione di queste nuove misure ed i "buoni propositi" del legislatore comunitario, il così detto "pacchetto energia"<sup>11</sup>, adottato dal Parlamento Europeo e dal Consiglio il 26 giugno 2003, non pare ancora assicurare un contesto veramente competitivo soprattutto con riguardo ai gruppi verticalmente integrati operanti sia a monte che a valle della filiera elettrica.

Con riferimento, ad esempio, alle disposizioni sulla separazione giuridica, il "compromesso" raggiunto dal Consiglio permette di differire l'attuazione della separazione giuridica (sinonimo di separazione societaria) per i gestori di rete di distribuzione sino al 1° luglio 2007 (si veda articolo 30, paragrafo 2 della Direttiva 2003/54/CE). Ciò è ancora più grave, specie con riferimento ai grandi gestori verticalmente integrati (con più di 100.000 clienti), se si considera che la mera separazione societaria consente, comunque, il permanere del coordinamento tra

---

<sup>9</sup> Sull'importanza "strategica" delle informazioni e dati tecnici detenuti dagli operatori della trasmissione, anche ai fini delle valutazioni sulla possibilità, o meno, di esercizio di potere di mercato su quel dato mercato elettrico, si veda D. M. Newbery, R. Green, K. Neuhoff, *A Review of the Monitoring of Market Power The Possible Roles of TSOs in Monitoring for Market Power Issues*, in *Congested Transmission Systems* (Report prepared at the request of ETSO), November 2004, pp. 62-63.

<sup>10</sup> Si veda, per il settore elettrico: Direttiva 2003/54/CE del Parlamento e del Consiglio, del 26 giugno 2003, recante "Norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica" che abroga la Direttiva 96/92/CE, GUCE L 176 del 15.07.03, p. 37; Regolamento (CE) N. 1228/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003 relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica.

<sup>11</sup> Si veda Direttiva 2003/54/CE cit., Direttiva 2003/55/CE del Parlamento e del Consiglio, del 26 giugno 2003, relativa a "Norme comuni per il mercato interno del gas naturale", in GUCE L 176 del 15.07.03, p. 57, che abroga la Direttiva 98/30/CE, e Regolamento (CE) N. 1228/2003, cit..

la “società madre” e le sue controllate, favorendo così il persistere dell’integrazione verticale in concreto.

Per le medesime ragioni neppure il nuovo obbligo di non commistione soggettiva fra imprese verticalmente integrate operanti nella distribuzione e nella trasmissione (c.d. obbligo di separazione funzionale), introdotto dalla normativa comunitaria<sup>12</sup>, sembra essere una misura sufficiente per evitare fenomeni anticoncorrenziali di coordinamento tra imprese verticalmente integrate. Senza considerare che l’attuazione di tale obbligo di separazione nella legislazione nazionale degli stati membri verosimilmente causerà non pochi problemi di compatibilità con le singole discipline nazionali di diritto societario; si pensi, ad esempio, al caso italiano ove le disposizioni di cui alla riforma del diritto societario (i.e. decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, in vigore dall’1 gennaio 2004) e, segnatamente, quelle in materia di direzione e controllo da parte delle società controllanti sulle proprie società controllate, sembrano consentire, appunto, ciò che la predetta norma comunitaria intende vietare.

Inoltre, non si può non considerare che il citato modello regolatorio comunitario, tracciando in modo rigido all’interno della filiera la linea di demarcazione tra le c.d. “attività regolate” (corrispondenti alle attività sottoposte alla potestà tariffaria delle autorità di regolazione) e le c.d. “attività libere” (corrispondenti, essenzialmente, alle attività di vendita all’ingrosso e al dettaglio svolte nei confronti dei clienti idonei), produce l’effetto di sottrarre repentinamente queste ultime alla sfera di potestà normativa del regolatore e, quindi, paradossalmente di facilitare, anziché prevenire, i citati fenomeni patologici sul mercato dell’offerta di energia elettrica, residuando necessariamente, quale unica tutela verso comportamenti distorsivi della concorrenza, gli interventi antitrust *ex post*.

Con riferimento al versante della tutela della concorrenza e dei relativi interventi si può, peraltro, rilevare come, dal 1994<sup>13</sup> sino ad oggi, l’applicazione del diritto della concorrenza comunitario all’industria elettrica abbia seguito un approccio piuttosto pragmatico, se non addirittura “indulgente”, rispetto ad altri settori dell’industria.

Tale approccio è di tutta evidenza in relazione agli accordi con cui: a) si espande la generazione o la capacità di trasmissione; b) si assicura un sistema di prezzi relativo alla trasmissione non discriminatorio e trasparente; c) si libera capacità di vettoriamento nei dispositivi di interconnessione; d) si promuove l’ulteriore ristrutturazione del settore elettrico ovvero e) si promuove tale ristrutturazione, specificatamente, tramite operazioni di concentrazione. Non vi è, infatti, traccia di un solo singolo caso ove la Commissione Europea abbia contrastato con successo asseriti comportamenti abusivi di imprese in posizione dominante nell’industria

---

<sup>12</sup> Le citate direttive comunitarie non si limitano, infatti, a sancire l’obbligo di separazione legale per le imprese verticalmente integrate operanti nella distribuzione e nella trasmissione (trasporto nel caso del gas), ma introducono per tali imprese anche un ulteriore obbligo di non commistione soggettiva (così detto di separazione funzionale per l’appunto), definendo i criteri minimi per l’indipendenza gestionale e manageriale delle stesse (si veda Direttiva 2003/54/CE e Direttiva 2003/55/CE cit., rispettivamente, artt. 10 e 15, paragrafo 2, e artt. 9, paragrafo 2, e 13, paragrafo 2).

<sup>13</sup> Anno in cui con il celebre caso “*Almelo*” si è potuta considerare pacifica l’applicabilità del diritto comunitario della concorrenza all’industria elettrica, cfr. sentenza del 27 aprile 1994, Caso C-393/92 *Gemeente Almelo and Others v Energiebedrijf IJsselmij NV*, in *European Court Reports* 1994, p. I-01477.

elettrica<sup>14</sup>. Peraltro, in particolare nel campo delle concentrazioni, nei numerosi casi notificati alla Commissione quest'ultima ha optato per un approccio particolarmente pragmatico accettando restrizioni della concorrenza nella competizione a breve termine in cambio di un'espansione della capacità di generazione o di trasmissione che potesse rafforzare la concorrenza nel lungo periodo<sup>15</sup>.

## **2. Principali suggerimenti dai modelli anglosassoni**

Ad un'indagine più approfondita emerge, invero, che per garantire l'apertura in concreto del mercato elettrico alla concorrenza e, quindi, per contrastare (*rectius*, prevenire) gli effetti pregiudizievoli derivanti dall'esercizio di potere di mercato, vi è la necessità di intervenire non tanto mediante l'applicazione dei tradizionali strumenti da tempo approntati dalla normativa antitrust (i.e. interventi repressivi *ex post*) per i settori industriali più disparati ma, piuttosto, attraverso un modello regolatorio e gli opportuni strumenti inibitori "*tailor made*" per le peculiari caratteristiche e dinamiche del settore elettrico.

A tale proposito, occorre ricordare che le peculiari caratteristiche che distinguono l'industria elettrica dagli altri settori industriali comprendono, tra le altre: i) una definizione del mercato rilevante dal punto di vista geografico che dipende strettamente dal fattore temporale<sup>16</sup>; ii) una bassa elasticità della domanda rispetto al variare del prezzo<sup>17</sup>; iii) i vincoli infrastrutturali ovvero le barriere

---

<sup>14</sup> Si veda, infatti, l'assenza di precedenti significativi che riguardano le tre fattispecie, tra quelle previste direttamente o indirettamente (come nel caso dei sussidi incrociati) dall'art. 82 del Trattato CE, dell'applicazione da parte di imprese in posizione dominante di: (i) prezzi eccessivi come forma di sfruttamento del potere di mercato; (ii) prezzi discriminatori; e sussidi incrociati.

<sup>15</sup> Si veda, in particolare: "*XXVIth Report on Competition Policy from 1996*", pp. 133-134, ove si sottolinea come la Commissione, sia nel caso "*ISAB Energy*" che in altri due casi "*Rosen Api Energia*" e "*Sarlux*", abbia considerato 15 anni un periodo accettabile per un accordo di fornitura in esclusiva; "*XXVIth Report on Competition Policy from 1997*", p. 94, (su cui vedi anche Press Release IP/97/351 "*ELECTRABEL: the European Commission obtains satisfaction on the revision of the statutes of mixed intercommunal electricity distribution companies in Belgium*"); ed il caso "*Viking Cable*", COMP/E-3/37.921 pubblicato in Gazzetta Ufficiale del 5 settembre 2001. Con tale decisione la Commissione, infatti, approvò l'accordo di esclusiva di lunga durata sull'utilizzo del cavo che avrebbe collegato la Germania alla Norvegia, conosciuto come "*Viking cable*", in quanto "... *gli accordi notificati non restringono il gioco della concorrenza ai sensi dell'articolo 81 e non violano l'articolo 82 del trattato CE*".

<sup>16</sup> Nell'industria elettrica il mercato rilevante dal punto di vista geografico può essere "*time dependent*", dipendendo dalla misura in cui la capacità di trasmissione è congestionata. Una probabile conseguenza è che imprese, con modeste quote di mercato, possano divenire dominanti a livello regionale in quei periodi di tempo nei quali le linee di trasmissione sono congestionate e il mercato rilevante dal punto di vista geografico si fraziona a sua volta in molteplici mercati meno estesi.

<sup>17</sup> Come emerge dai numerosi studi in materia, nell'industria elettrica si nota una bassissima risposta da parte della domanda al crescere del prezzo. Di conseguenza, anche le imprese con modeste quote di mercato potenzialmente riescono ad ottenere maggiori profitti e ad applicare più alti *mark-up* in tali settori industriali con una bassa elasticità nel rapporto prezzo-domanda rispetto ad altri settori caratterizzati da un'alta elasticità.

fisiche all'integrazioni dei mercati; iv) una modesta contendibilità<sup>18</sup> ed, infine, v) la propensione alla collusione tacita<sup>19</sup>.

Nel Regno Unito l'organo di regolazione di settore ("Ofgem"), probabilmente anche a fronte di una significativa esperienza regolatoria maturata nel tempo, sta optando, infatti, per un modello regolatorio parzialmente diverso da quello approntato a livello comunitario e, in qualche modo, più avanzato, ove la stessa regolazione specifica di settore dovrebbe permettere una più stringente applicazione del diritto antitrust agli elementi competitivi dell'industria elettrica.

In tale prospettiva, è particolarmente interessante la (relativamente) recente proposta dell'Ofgem<sup>20</sup> di introdurre, specificatamente per il settore elettrico:

(i) un più ampio concetto di abuso di potere di mercato che comprende il c.d. "*abuse of substantial market power*", senza la necessità di dover stabilire il test della "dominanza" nel mercato secondo il tradizionale diritto antitrust comunitario;

(ii) un sistema di riparto di competenze<sup>21</sup> che attribuisce al Regolatore in via esclusiva (solo per il settore elettrico), e non in via concorrente con l'autorità nazionale della concorrenza, la competenza antitrust e i relativi poteri sanzionatori; e

(iii) un nuovo set di nuove condizioni (*Market Abuse License Conditions*, c.d. "MALC"<sup>22</sup>), ad integrazione delle prescrizioni in vigore relative alle licenze di

---

<sup>18</sup> Nonostante lo sviluppo di nuove avanzate tecnologie consenta, ora, la costruzione di impianti di dimensioni ridotte e a costi minori e, quindi, il costo d'ingresso per i nuovi entranti si sia abbassato considerevolmente, investire nell'industria elettrica presenta ancora dei larghi margini di rischio. Inoltre, le diverse politiche regolamentari e, in alcuni paesi, le resistenze a livello locale (esemplare il caso italiano, ove il fenomeno ha raggiunto, in particolare negli anni scorsi, delle criticità tali da paralizzare pressoché ogni progetto infrastrutturale), hanno reso sempre più difficile ottenere le autorizzazioni o licenze per la costruzione di nuove centrali. In particolare, le attuali politiche fiscali, pressoché ovunque nell'Unione Europea, dirette a scoraggiare l'energia non rinnovabile hanno fatto crescere notevolmente i costi per la costruzione degli impianti convenzionali.

<sup>19</sup> Le caratteristiche di mercato che tradizionalmente, secondo il diritto antitrust, tendono a favorire fenomeni di collusione tacita sono essenzialmente: la trasparenza del mercato, la flessibilità dei prezzi/decisioni di fornitura, la domanda anelastica ed i limiti e le restrizioni alla capacità. Tali caratteristiche di mercato sembrano appunto attagliarsi perfettamente all'industria elettrica.

<sup>20</sup> Per una dettagliata analisi di tale proposta, cfr. D. M. Newbery, *Problems of liberalising the electricity industry*, in *European Economic Review*, n. 46 (4-5), 2002, pp. 919-927.

<sup>21</sup> Sulla competenza concorrente tra le due autorità britanniche, cfr. R. Whish, *Competition Law*, fourth edition, Butterworths 2001, pp. 876-877.

<sup>22</sup> Per una maggiore comprensione della recente proposta dell'Ofgem, innanzi analizzata, va preliminarmente rilevato che gli operatori della generazione nel Regno Unito producono energia elettrica sulla base di un'apposita licenza, tale licenza contiene condizioni che disciplinano comportamenti di mercato da parte degli operatori ritenuti accettabili. Allo stesso tempo, i codici di rete contengono ulteriori condizioni tecniche per assicurare che il TSO inglese abbia i necessari poteri per bilanciare la domanda e l'offerta, mantenere l'integrità e la qualità del sistema. Tali condizioni contenute nelle licenze, stando alle disposizioni dell'*Electricity Act* del 1989 ("*Section 12*"), possono essere solamente modificate se vi è un sostanziale accordo tra il regolatore e i soggetti titolari di quest'ultime, ovvero gli operatori della generazione. In caso contrario, le proposte di emendamento alle condizioni delle licenze sono sottoposte al vaglio dalla "*Competition Commission*", alla quale viene richiesto di determinare se l'emendamento sia necessario, o meno, a prevenire risultati sul mercato contrari all'interesse pubblico. Va infine rilevato che le citate condizioni sono molto importanti in quanto, fra le altre, specificano le informazioni che debbono essere rese disponibili al regolatore per monitorare la condotta degli operatori titolari delle licenze stesse. Tra le informazioni che devono essere rese disponibili si annovera: (i) descrizione dettagliata sulle componenti più significative del processo di generazione (i.e. disponibilità, produzione, offerte di prezzo, copertura contrattuale) per ogni frazione temporale di riferimento, vale a dire per ogni ora o frazione temporale inferiore; (ii) i poteri di investigare casi sospetti di messa in fuori servizio di impianti e di disattivazione definitiva, entrambi potenzialmente manipolabili in modo strategico allo scopo di innalzare il livello di scarsità delle risorse e quindi i prezzi. La logica dietro a tale sistema è quella di prevenire o rimediare, in tempi rapidi,

generazione per i grandi operatori della generazione<sup>23</sup>, che tenga conto della difficoltà di prevenire l'esercizio di potere di mercato nella generazione di energia elettrica.

L'*"abuse of substantial market power"* è definito dall'Ofgem come la capacità del titolare della licenza di generazione di determinare uno scostamento sostanziale nel prezzo all'ingrosso dell'elettricità, indipendentemente da qualsivoglia cambiamento nella domanda e nelle condizioni di costo. È dichiarato esplicitamente che *"substantial"* si riferisce, ugualmente, sia ad una serie di effetti di notevole dimensione sul prezzo a breve o a brevissimo termine, sia ad una serie di effetti di minore portata sul lungo periodo. Si rileva, inoltre, che il comportamento abusivo non si dovrà svolgere necessariamente solo durante un periodo continuo, ma potrà, altresì, concentrarsi su frazioni temporali di metà ore selezionate su un determinato periodo di tempo.

Le possibili manifestazioni di abuso di *"substantial market power"* possono, secondo l'Ofgem, comprendere, fra le altre: (i) il prevenire un efficiente e economico equilibrio del sistema di trasmissione; (ii) il limitare, senza fondati motivi, la produzione o la capacità disponibile; (iii) il perseguimento di politiche di prezzo discriminatorie. Il regolatore, dinanzi a tali condotte lesive delle MALC, verrebbe (secondo la proposta dell'Ofgem) conseguentemente investito del potere di irrogare sanzioni pecuniarie sino a un massimo che corrisponde al 10 per cento del fatturato del titolare della licenza di generazione in questione. Avverso tali provvedimenti sanzionatori verrebbe comunque garantito il diritto di ricorrere in appello avanti i competenti organi giurisdizionali.

L'Ofgem ritiene, quindi, che le MALC dovrebbero essere un necessario complemento al diritto della concorrenza inglese (ma implicitamente auspicando la loro applicazione anche a livello comunitario) essenzialmente per tre ragioni: (i) in quanto l'approccio standard antitrust a livello comunitario circa la definizione del mercato rilevante ed il potere di mercato non ha mai contemplato la possibilità che una fattispecie di abuso di posizione dominante possa avvenire *"temporally transitory and irregularly intermitten"*, ossia, quanto alla dimensione temporale, in modo transitorio e con irregolare intermittenza; (ii) dall'analisi statistica e economica sarebbe emerso come anche gli operatori con modeste quote di mercato sono stati in grado di esercitare potere di mercato nella generazione; infine (iii) la tutela offerta dal diritto della concorrenza nazionale (espressione comunque di quello comunitario) fisiologicamente esercitabile solo *ex post*, risulta essere, in particolar modo se applicata al settore elettrico, poco efficace perché troppo lenta.

---

alle manipolazioni del prezzo che altrimenti, ossia senza la disponibilità di tali informazioni e la parallela possibilità da parte delle autorità competenti di intervenire sulla base di queste, sarebbero molto frequenti in particolare in *"tight markets"* come è tipicamente quello elettrico. Tuttavia, come è stato sottolineato dallo stesso Regolatore inglese oltre che da autorevoli studiosi, i citati strumenti non sono ritenuti sufficienti a prevenire svariate forme di manipolazione del mercato (e quindi abusi) derivanti da una posizione di potere di mercato sostanziale che, come sopra detto, prescinde dal test antitrust formale sulla quota di mercato. Più precisamente l'Ofgem propose, nel 2000, di emendare le condizioni delle licenze relative a otto, fra i maggiori, Gruppi societari attivi nella generazione nel Regno Unito, integrandole con un nuovo pacchetto di *"Market Abuse License Conditions"* (MALC) che, da un lato, avrebbero dovuto assicurare l'accesso a tutte le necessarie e sufficienti informazioni per poter verificare concretamente l'effettuazione o meno di una manipolazione del prezzo da parte di uno o più generatori e, d'altro canto, avrebbero dovuto specificare certe forme di comportamento dei generatori tipizzate da ritenersi *prima facie* abusive e quindi meritevoli di essere indagate e se del caso sanzionate.

Dinnanzi alla descritta proposta dell'Ofgem di introdurre le cd. MALC, ciò che, però, è accaduto, in concreto, è stato che due degli otto generatori, allora titolari delle citate licenze di generazione (i.e. AES e British Energy Group), si sono opposti formalmente e la Commissione nazionale sulla Concorrenza è stata chiamata ad esercitare la propria valutazione<sup>24</sup>. Si è ritenuto, così, che continuare ad operare nella generazione secondo le condizioni previste dal regime delle licenze di generazione precedente all'introduzione delle MALC non sarebbe stato contrario all'interesse pubblico<sup>25</sup>. L'argomento chiave a sostegno di tale posizione si poggiava sul fatto che, a parere di tale Commissione, le condotte abusive di potere di mercato sarebbero state molto più difficili da realizzare con l'introduzione (poi avvenuta nel marzo del 2001) delle nuove regole sulla Borsa elettrica inglese, *New Electricity Trading Arrangements* (NETA) e che, quindi, sarebbe stato più prudente, prima di adottare misure "speciali" quali quelle di cui alle MALC, attendere gli esiti del mercato sotto le nuove circostanze.

Da allora la citata proposta dell'Ofgem è rimasta congelata. Tuttavia, va rilevato che, anche di recente, il regolatore britannico, pur riconoscendo che il NETA ha ridotto i rischi di "*price manipulation*" e di "*market abuse*", ha ribadito di non considerare il sistema attuale ottimale per prevenire fenomeni di "*abuse of market power*" nella generazione, segnatamente nel "*wholesale market*"<sup>26</sup>.

Le medesime preoccupazioni sopra esposte, non a caso, vengono condivise anche oltreoceano; a tale proposito è utile soffermarsi, sebbene sinteticamente, sull'iniziativa intrapresa dalla *Federal Energy Regulatory Commission* ("FERC") negli Stati Uniti.

La FERC ha pubblicato nel luglio 2002 una proposta per l'introduzione di uno standard di disegno di mercato, il c.d. "SMD"<sup>27</sup>, per i mercati elettrici negli Stati Uniti, che prevede un monitoraggio molto penetrante del mercato elettrico da parte del regolatore, attribuendo, allo stesso tempo, a quest'ultimo amplissimi poteri nei confronti dei soggetti regolati e, segnatamente, il potere di esaminare, a sua discrezione, i programmi relativi all'offerta di ogni generatore.

---

<sup>24</sup> Secondo la procedura descritta, si veda *ut supra* nota 20.

<sup>25</sup> Fonte: *Competition Commission*, 2001, *AES and British Energy*; si veda, inoltre, in maggior dettaglio sulla "*Section 12 of the Electricity Act 1989*" il *report* disponibile sul sito <http://www.competition.commission.org.uk/reports/453elec.htm>.

<sup>26</sup> Sul punto si veda, infatti, il recente documento "*Public Accounts Second Report on The competitiveness of the electricity markets*" pubblicato dalla *House of Commons* il 1 dicembre 2003 (in <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm200304/cmselect/cmpubacc/63/6302.htm>): "(...) *One of the objectives of NETA was to promote competition in wholesale markets. Ofgem considered that under the previous arrangement there had been market manipulation on a number of occasions and that NETA had reduced this and the risks of market abuse. The wholesale electricity market is, however, a special market where generating companies can have market power for very short, but critical, periods. Ofgem monitors the market carefully to watch for such abuse and sought in 2000 to obtain an additional power to facilitate action against companies found abusing the market. It said that the Competition Commission, however, had struck down this power. Ofgem did not believe that there had been transient abuse. Their purpose in seeking a market abuse licence condition had been to demonstrate to those who might be tempted to abuse the market that Ofgem regarded it as a serious issue(...).*"

<sup>27</sup> Per una sintetica ricostruzione degli elementi caratterizzanti del SMD, cfr. <http://www.ferc.fed.us/news/pressreleases/july31-02smdx.pdf>. e [http://www.nera.com/wwt/newsletter\\_issues/5484.pdf](http://www.nera.com/wwt/newsletter_issues/5484.pdf). "*The key elements are: (i) An independent transmission provider not affiliated with any market participants; (ii) A single transmission service with a single universal open access transmission tariff; (iii) Nodal transmission pricing; (iv) An access charge to recover embedded transmission costs; (v) Congestion revenue rights allocation by auction; (vi) Wholesale trade using a power exchange and bilateral contracts; (vii) Market power monitoring with discretion to examine generator bids.*"

La proposta prevede, in particolare, il diritto, in capo al regolatore medesimo, di richiedere informazioni commerciali confidenziali che possano rivelarsi cruciali per stabilire se specifici generatori fanno offerte sistematicamente al di sopra delle loro curve di costo marginale, ipotesi queste che, se fondate verrebbero così perseguite dalla normativa antitrust americana come casi di abuso di posizione dominante nella particolare fattispecie di “*excessive pricing*”. Tale proposta permette, inoltre, alla FERC di attuare in modo più compiuto il principio fondamentale di cui alla “Federal Power Act 1935”; stando infatti a questa fondamentale legge, che regola il settore elettrico a livello federale, “*FERC, has a statutory obligation to ensure that wholesale prices are just and reasonable*”<sup>28</sup>.

Tale proposta (pur essendo fortemente contrastata da esponenti del Senato espressioni di potentissime lobby è condivisa dalla maggior parte dei soggetti che hanno partecipato alla pubblica consultazione) è ancora in fase di consultazione pubblica e il suo termine iniziale di “*implementation*” previsto per il 30 settembre 2004 è stato rinviato al 2005<sup>29</sup>.

I modelli regolatori, le criticità riscontrate così come le singole soluzioni emerse dalle sopra esaminate esperienze internazionali dovrebbero essere attentamente ponderati e per quanto possibile, a parere di chi scrive, recepiti anche dal legislatore comunitario quali *best practice* di riferimento.

In particolare l’esperienza inglese rivela con grande lucidità che per poter prevenire e contrastare efficacemente l’esercizio di potere di mercato nel mercato dell’offerta di energia elettrica è oltremodo necessario, riformare gli strumenti di analisi del mercato rilevante nonché quelli sanzionatori in coerenza con tutte le sopra esaminate peculiarità che contraddistinguono l’industria elettrica da tutti gli altri settori dell’industria, nonché assegnare un ruolo più incisivo alle autorità di regolazione.

In particolare il modello regolatorio proposto dalla Ferc, evidenzia come la capacità di regolare abilmente o di monitorare i comportamenti di mercato sia strettamente legata alle informazioni disponibili e ottenibili dalle autorità di regolazione. Infatti le informazioni necessarie per stabilire una fattispecie abusiva di prezzi eccessivi o una fattispecie di prezzi discriminatori non sono raccolte ordinariamente o di routine, ma solamente in occasione di un’istruttoria formale senza contare che anche in tale occasione non è assolutamente agevole ottenere sufficienti informazioni in merito ad esempio all’esatto output del generatore, alla sua capacità, al c.d. *contract coverage*, etc. dati che dovranno, fra le altre, essere calcolati per ogni ora o persino per un margine temporale inferiore.

Diviene così di tutta evidenza il delicato problema relativo all’accesso alle informazioni e ai dati sensibili che riguardano in particolare la generazione elettrica. Tale accesso è, infatti, indispensabile per monitorare efficacemente il mercato, per identificare eventuali manipolazioni di prezzi e, soprattutto, per comprendere appieno la struttura del prezzo praticato dai generatori nell’offerta di energia elettrica e l’eventuale valenza “predatoria” o “eccessiva” del medesimo.

---

<sup>28</sup> Su questo tema cfr. D. M. Newbery, *Problems of liberalising the electricity industry*, op. cit. pp. 6-7 (Statutory obligation): “*If an electric utility wishes to sell at market-determined wholesale prices, this will be only allowed providing the seller (and each of its affiliates) does not have, or has adequately mitigated, market power in generation and transmission and cannot erect other barriers to entry*”.

<sup>29</sup> Si veda, per maggiori dettagli sugli sviluppi più recenti, la seguente pagina web <http://www.ferc.gov/industries/electric/indus-act/smd.asp>.

### **3. *Gli elementi caratterizzanti del mercato elettrico***

L'analisi delle questioni teoriche e delle opzioni legate al disegno della riforma del settore deve partire dalla considerazione di alcune caratteristiche, riconducibili alla natura della tecnologia e della domanda, che contraddistinguono il settore elettrico.

Una prima serie di osservazioni riguarda le forme di mercato che possono essere disegnate in relazione alla distinzione del ciclo produttivo elettrico nelle fasi di generazione, trasmissione su rete ad alta tensione, distribuzione su rete a media tensione e vendita, tenendo conto delle caratteristiche tecnologiche della fase produttiva stessa.

Le fasi della trasmissione e della distribuzione, essendo basate sulla gestione di una rete, rappresentano un tipico caso di monopolio naturale. A tale proposito, si intrecciano due considerazioni: una prima, legata alla inefficienza di duplicare le spese fisse della rete sulla stessa area geografica; una seconda, che richiede di individuare se la rete complessiva possa essere segmentata in sub-aree locali ciascuna delle quali possa essere gestita dal punto di vista produttivo in modo separato ed indipendente rispetto alle altre. A questo riguardo, qualunque sia la dimensione territoriale della rete elettrica, non risulta conveniente una duplicazione sulla stessa area geografica. E', tuttavia, possibile distinguere tra la rete elettrica ad alta tensione (associata alla fase della trasmissione) che, soprattutto a seguito del completamento dell'interconnessione, costituisce un unico circuito unitario a livello nazionale e la rete a media tensione (relativa alla fase della distribuzione) che, invece, può essere distinta per aree territoriali sub-nazionali.

La fase della generazione, richiedendo per ciascuna centrale considerevoli immobilizzi non recuperabili, presenta notevoli economie di scala a livello di impianto per bassi livelli di produzione, ma la scala minima efficiente, per quanto diversa a seconda della fonti energetiche utilizzate, risulta molto limitata rispetto alla dimensione del mercato.

Meno evidente è il manifestarsi di economie di scala a livello di settore o di economie di scopo: tra queste, la più rilevante potrebbe essere rappresentata dal risparmio sul prezzo degli input energetici nel caso in cui questi vengano acquistati su mercati non concorrenziali. Mentre quest'ultima considerazione può risultare significativa solamente a seguito di una valutazione empirica, non sembrano sussistere altre motivazioni che spingano a mantenere necessariamente una struttura concentrata nel comparto della generazione. Valutazioni analoghe si possono avanzare per la fase della vendita.

Una seconda osservazione va dedicata al manifestarsi, o meno, di esternalità verticali tra fasi del ciclo produttivo. Esternalità significative esistono tra generazione e trasmissione, poiché la profittabilità della generazione dipende dalle condizioni di accesso alla rete di trasmissione. Le condizioni di accesso possono essere rilevanti sia dal punto di vista tecnico, dal momento che l'esistenza di strozzature nella rete di trasmissione può rendere meno agevole l'offerta di energia prodotta da una centrale, sia dal punto di vista economico, poiché i termini con cui i prezzi di accesso sono fissati incidono sui profitti della

generazione. Non sembrano, invece, sussistere rilevanti esternalità tra la fase della vendita e le altre fasi del ciclo produttivo elettrico.

La domanda di energia elettrica è per sua natura aleatoria e fluttuante, toccando un massimo nei mesi invernali e in certi orari di punta. Nello stesso tempo, condizione imprescindibile per il funzionamento del sistema elettrico è il continuo soddisfacimento della domanda di elettricità. Quest'ultima esigenza comporta un dato strutturale, la necessità di disporre sempre dell'offerta sufficiente a soddisfare i picchi di domanda, e un dato di gestione del sistema, l'importanza della funzione di dispacciamento, che deve centralizzare il compito di allocare la produzione tra le diverse centrali in modo da soddisfare con continuità la richiesta.

La funzione di dispacciamento indica un soggetto che raccoglie dagli impianti di generazione le offerte di energia e i relativi prezzi di fornitura – o i costi imputati nel caso di struttura verticalmente integrata – distinti per diversi intervalli di tempo e che, sulla base delle previsioni di domanda e della richieste effettive di energia elettrica lungo tutto l'arco della giornata, stabilisce quali centrali debbano produrre e quali debbano rimanere come riserva di potenza in modo da garantire in ogni momento la copertura della richiesta. A questo organismo spetta inoltre, nel caso di strutture disarticolate verticalmente, il compito di stabilire a quali prezzi l'energia scambiata vada pagata.

Si noti, inoltre, che la particolare caratteristica dell'energia elettrica fa sì che il rapporto tra produttori e utenti sia totalmente anonimo nel senso che i produttori convogliano sulla rete di trasmissione e distribuzione l'energia prodotta, che viene poi ritirata dagli utenti, senza che sia possibile separare e distinguere i contributi di offerta e domanda di ciascun agente specifico.

La non immagazzinabilità dell'energia fa sì che il vincolo di un'offerta sufficiente richieda una capacità produttiva, eventualmente tenuta a riserva nelle fasi in cui la domanda è minore, dimensionata sui picchi di domanda. L'adeguamento di questa riserva di potenza richiede, inoltre, un programma con largo anticipo degli investimenti in nuova capacità, basata sulle previsioni di crescita della domanda.

La unitarietà delle decisioni di dispacciamento, assieme al fatto che è sulla rete di trasmissione che l'insieme di energia offerta viene convogliata, individuano ragioni per le quali le decisioni di dispacciamento e la gestione della trasmissione possano essere svolte congiuntamente; individuano, inoltre, ulteriori legami tra funzioni di dispacciamento e generazione di elettricità, dal momento che sono i criteri seguiti dalle prime a determinare quanto e quando una particolare centrale venga messa in produzione.

### **3.1 La definizione del mercato rilevante nel settore elettrico**

Un'impresa è in grado di esercitare potere di mercato quando può, alzando i suoi prezzi o riducendo le quantità offerte, influenzare il mercato nel quale opera. In molti mercati, la capacità di un'impresa di alzare il prezzo o di ridurre l'offerta di particolari servizi ad un data ora in un dato luogo è limitata da:

- a) la reazione dei consumatori che riducono i loro consumi, convertendo la loro richiesta in altri orari, in altri luoghi o completamente verso altri servizi;

- b) la reazione delle altre imprese che operano nel mercato, le quali espandono la loro produzione come risposta ad un aumento del prezzo o ad una riduzione delle quantità prodotte dalle altre imprese;
- c) la reazione delle altre imprese che non operano nel mercato, le quali entrano nel mercato in risposta ad un aumento dei prezzi o ad una diminuzione delle quantità prodotte dalle altre imprese.

L'industria elettrica, come si anticipato *sub 2*, gode di peculiari proprietà che facilitano il potere di mercato:

1. L'energia elettrica è molto costosa da immagazzinare. Nel caso di beni immagazzinabili, i prezzi tendono ad essere livellati nel tempo, poichè gli operatori economici tendono ad acquistare il bene quando il prezzo è basso e a venderlo quando i prezzi si alzano. Dal momento che l'energia elettrica non può essere facilmente immagazzinata, esiste un mercato separato dell'elettricità che raggiunge tutti i punti in tempo reale. Il mercato elettrico tende, per questi motivi, ad essere più volatile di altri mercati dell'energia, quali quello del gas. Inoltre, anche se può esserci elevata concorrenza tra i generatori in determinati momenti, in altri (specialmente nelle ore di picco della domanda), la concorrenza può essere notevolmente limitata.
2. Una definizione del mercato rilevante dal punto di vista geografico che dipende strettamente dal fattore temporale, in particolar modo quando le linee di trasmissione sono congestionate, momento in cui i mercati della generazione elettrica sono divisi geograficamente, riducendo il numero dei potenziali competitori e aumentando potenzialmente il potere di mercato. Una probabile conseguenza è che imprese con modeste quote di mercato possano divenire dominanti a livello regionale. Inoltre, il livello di congestione dipende dalla domanda e dalle decisioni strategiche delle stesse imprese di generazione. Nell'industria elettrica il mercato rilevante dal punto di vista geografico può essere "*time dependent*", dipendendo dalla misura in cui la capacità di trasmissione è congestionata.
3. Una bassa elasticità della domanda rispetto al variare del prezzo. Pochi consumatori pagano una somma che varia in relazione al prezzo di mercato nel settore elettrico. L'evidenza empirica dimostra che una caduta del livello della domanda come risposta ad un aumento del prezzo di mercato è insignificante, quasi nessuno dei consumatori finali di energia elettrica possiede le tecnologie necessarie per osservare, tanto meno per rispondere alla variazione in tempo reale del prezzo di mercato. La domanda è virtualmente completamente anelastica nel breve periodo<sup>30</sup>, il che facilita notevolmente l'esercizio del potere di mercato limitando le possibilità dei consumatori di ridurre il livello della domanda come reazione ad un aumento dei prezzi. Di conseguenza, anche le imprese con modeste quote di mercato riescono potenzialmente ad ottenere maggiori profitti e applicare più alti mark-up nel rapporto prezzo-domanda rispetto ad altre imprese, anche se caratterizzate da alta elasticità della domanda.
4. Le rigidità concorrenziali dei mercati vicini alla soglia di piena capacità di utilizzazione nelle ore di picco della domanda; ovvero quando gli impianti sono

---

<sup>30</sup> Cfr. S. Borenstein, J. Bushnell, F. Wolak, *Diagnosis in Market Power in California's Restructured Wholesale Electricity Market*, Working Paper, National Bureau of Economic Research, 2000, in [www.nber.org/papers/w7868](http://www.nber.org/papers/w7868).

fuori servizio a causa di lavori di manutenzione programmati o per problemi tecnici persino le imprese con quote di mercato modeste hanno la possibilità di aumentare i prezzi al di sopra dei propri costi marginali. Pertanto ci si può ragionevolmente aspettare che l'abilità delle imprese di generazione, con significanti, e non, quote di mercato, di aumentare i prezzi al di sopra dei propri costi marginali sia "*time-dependent*" e possa variare a seconda delle condizioni di congestione dei mercati.

5. Una modesta contendibilità, nonostante lo sviluppo di nuove avanzate tecnologie consenta ora la costruzione di impianti di dimensioni ridotte e a costi minori, e quindi il costo d'ingresso per i nuovi entranti si sia abbassato considerevolmente, investire nell'industria elettrica presenta ancora larghi margini di rischio.
6. La propensione alla collusione tacita: le caratteristiche di mercato che tradizionalmente, secondo il diritto antitrust, tendono a favorire fenomeni di collusione tacita sono essenzialmente: la trasparenza del mercato; la flessibilità dei prezzi/decisioni di fornitura, la domanda anelastica; ed i limiti e restrizioni alla capacità. Tali caratteristiche di mercato sembrano descrivere perfettamente l'industria elettrica.

La definizione di mercato rilevante è uno degli strumenti per identificare e definire lo scenario nel quale si svolge il rapporto di concorrenza fra imprese.

L'identificazione del mercato rilevante costituisce il logico antecedente di ogni indagine ai fini antitrust. Una definizione corretta dei mercati rilevanti è determinata per comprendere gli ambiti nei quali gli operatori possono porre in essere un reale confronto competitivo e gli ostacoli, di tipo strutturale o comportamentale, al realizzarsi di un effettivo processo di liberalizzazione del settore.

Un mercato rilevante è definito sia in base al prodotto, sia geograficamente.

Un mercato di prodotto rilevante contiene tutti quei prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili in base alle caratteristiche del prodotto, dei prezzi e dell'uso. Vanno anche considerati i prodotti e/o i servizi che potrebbero essere immessi prontamente sul mercato da altri produttori senza costo significativo di commutazione o dai competitori potenziali a costo ragionevole ed entro un periodo limitato.

Il mercato geografico rilevante identifica l'ambito territoriale in cui le imprese interessate sono attive nella domanda e nell'offerta dei prodotti o dei servizi, ed in cui le condizioni della concorrenza sono sufficientemente omogenee e che possono essere distinti da zone limitrofe, perché le condizioni concorrenziali sono sensibilmente differenti in quelle zone.

Una definizione univoca di mercato rilevante del settore elettrico si presenta come estremamente problematica date le caratteristiche del settore. I mercati elettrici risultano, infatti, essere molto dinamici e possono cambiare di ora in ora creando la possibilità di esercitare potere di mercato anche nei casi in cui il mercato potrebbe essere estremamente competitivo in altre occasioni. Ad esempio, l'ambito geografico relativo ad un mercato elettrico è determinato dal sistema di trasmissione. Qualsiasi cambiamento nella capacità di trasmissione disponibile può modificare i confini geografici del mercato. Inoltre, alcuni impianti possono

essere messi in funzione solo in determinati periodi al fine di soddisfare la domanda per non compromettere la solidità del sistema.

Si osservi, inoltre, la caratteristica di non elasticità della domanda inerente il settore elettrico. Per ogni dato prodotto l'aumento di prezzo può determinare una caduta del livello di domanda, rendendo più difficile per il produttore esercitare potere di mercato per quanto concerne il settore elettrico. Pochi consumatori finali infatti hanno la reale possibilità di osservare i prezzi in tempo reale, o hanno l'effettiva possibilità di contrattare i prezzi sul mercato riducendo la domanda.

Vi sono, tuttavia, dei dettati normativi seguiti dall'autorità di regolazione che permettono di indicare un percorso da seguire nel tentativo di definire un mercato rilevante. Essendo l'energia elettrica un prodotto omogeneo, indistinguibile sotto il profilo della domanda, si ritiene opportuno procedere frazionando verticalmente la filiera elettrica, in modo da distinguere :

- un mercato della generazione, comprensivo di produzione e importazioni: per quanto riguarda tale mercato, minor rilievo assume una distinzione per tipologia di fonte produttiva utilizzata, che sia convenzionale o rinnovabile o assimilata (distinzione orizzontale). La scarsa sostituibilità dal lato dell'offerta fra fonti energetiche (il carbone, l'olio combustibile, il gas naturale, l'acqua, il vento, ecc.) e tra tecnologie utilizzate per produrre elettricità (centrali termoelettriche, idroelettriche, eoliche, a turbogas, cogenerazione, ecc.) non ha molta importanza per il cliente finale, sostanzialmente indifferente a consumare elettricità prodotta in un modo o nell'altro;
- un mercato della trasmissione, inteso come trasporto di elettricità su reti ad alta tensione;
- un mercato della distribuzione, che indica il trasporto su reti a media e bassa tensione;
- un mercato della vendita finale di energia elettrica, distinto tra mercato della vendita ai clienti idonei e mercato della vendita ai clienti vincolati, in base alla tipologia di domanda servita<sup>31</sup>.

Oltre agli aspetti merceologici giova soffermarsi anche sugli aspetti di tipo temporale, connessi alla circostanza che l'energia elettrica viene venduta ora per ora nell'arco della giornata e/o per il giorno successivo o ad un termine più lungo.

I mercati sui quali ci si dovrebbe soffermare maggiormente per considerare l'evoluzione concorrenziale del settore elettrico sono il mercato all'ingrosso dell'energia elettrica e il mercato del dispacciamento dell'energia elettrica, considerando che il mercato della distribuzione e della trasmissione sono

---

<sup>31</sup> Si vedano, a tale proposito, anche i provvedimenti del Garante più recenti che, quanto al mercato della fornitura, individuano, infatti, due sotto-mercati collegati al primo: quello destinato ai *clienti vincolati* (cioè ai piccoli consumatori che, in ragione delle basse soglie di consumo che sono state anche di recente aggiornate in ottemperanza del disposto comunitario, non possono stipulare contratti liberamente, ma sono tenuti a rifornirsi esclusivamente dai distributori locali, si veda l'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; si veda l'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 (si veda, ad esempio, tale distinzione nel *Provvedimento Enel-France Telecom/New Wind*, cit.).

assoggettati a regolamentazione pervasiva e caratterizzati da condizioni di monopolio naturale e legale.

La definizione di mercato geografico rilevante concernente il settore elettrico non può prescindere dalla considerazione di caratteristiche peculiari del settore quali i limiti della capacità di trasmissione, uniti alla non immagazzinabilità dell'energia elettrica secondo criteri economici. Dati tali limiti può non verificarsi una reale situazione competitiva nel breve termine. Un singolo operatore può risultare "pivotale", ovvero indispensabile ai fini della copertura del fabbisogno in una determinata area geografica, tale operatore detiene quindi un effettivo potere di mercato e ha la possibilità di aumentare il prezzo in misura notevole rispetto ad aumenti più contenuti che si verificano solitamente nel lungo periodo.

Il mercato geografico rilevante nella generazione elettrica italiana deve essere considerato il mercato nazionale.

Benchè l'energia importata rappresenti una quota non trascurabile di quella necessaria al soddisfacimento della domanda interna non si deve dimenticare che la quantità di energia elettrica importabile è limitata dalla capacità di trasporto sulle interconnessioni, tra l'Italia e l'estero che è una risorsa scarsa quasi costantemente congestionata. L'esistenza di congestioni non permette di beneficiare in qualche modo dei prezzi esteri più bassi. Tali congestioni consentono ai titolari di bande di capacità di trasporto sulle interconnessioni di estrarre i profitti dati dal differenziale tra prezzi esteri di acquisto e prezzi di vendita all'ingrosso italiani.

Considerando i potenziali mercati geografici rilevanti afferenti il settore elettrico, si deve osservare che l'evoluzione della domanda e le strategie dell'offerta possono determinare in certe ore del giorno di specifici periodi dell'anno, dati i limiti di trasmissione che contraddistinguono la rete nazionale, una vera separazione tra zone all'interno del territorio nazionale. Separazione che trova una misurazione e quantificazione sia in termini di congestione dei transiti sia in termini di differenziali di prezzo. La zona di mercato è intesa come l'aggregato di zone geografiche e/o virtuali caratterizzato da uno stesso prezzo zonale dell'energia. Le zone di mercato possono coincidere con le zone geografiche o essere formati da aggregati di zone geografiche a seconda di quali transiti risultano saturi.

#### **4. La posizione dominante nel mercato dell'offerta di energia elettrica**

Nei paragrafi precedenti sono emerse chiaramente le molteplici difficoltà con le quali qualsiasi autorità di regolazione e antitrust si deve scontrare nell'analisi e nella valutazione sulla legittimità o meno di situazioni riconducibili all'esercizio di potere di mercato nell'offerta di energia elettrica; ciò è, in gran parte, dovuto alle citate caratteristiche peculiari del settore elettrico e alle criticità riscontrate nell'utilizzo dei tradizionali strumenti antitrust.

Tali criticità assumono un significato ancora più pregnante se si riferiscono ad una realtà come quella italiana. Infatti, sebbene l'Italia, sulla base di un raffronto basato sul mero recepimento "formale" delle direttive di liberalizzazione del settore energetico, risulti stabilmente tra i Paesi più virtuosi tra quelli comunitari<sup>32</sup>, ad un esame più approfondito si osserva che sia le condizioni concorrenziali prevalenti sul mercato nazionale dell'offerta di energia elettrica sia

---

<sup>32</sup> Si veda il documento della Commissione europea "Draft working paper, third benchmarking report on the implementation of the internal electricity and gas market" cit..

le (tanto) attese riduzioni di prezzo, a cinque anni dall'avvio del processo di liberalizzazione del settore, non paiono aver particolarmente risentito del progredire del processo formale di apertura alla concorrenza.

La definizione della posizione dominante nel mercato rilevante, così come sopra identificato, è quella che presenta le criticità più evidenti sotto il profilo del coordinamento – ove non, addirittura, della sovrapposizione – degli interventi antitrust e di quelli di regolazione. Secondo la tradizionale prassi antitrust, nazionale e comunitaria, la posizione dominante “[...] 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”<sup>33</sup>.

L’esistenza di tale posizione deriva, in generale, dalla concomitanza di più fattori, primo fra tutti una quota di mercato, assoluta e relativa, assai significativa, per cui in presenza di una quota di mercato che si attesta intorno al 70-80 per cento la posizione dominante viene inferita quasi automaticamente.

Peraltro, una quota pari al 40-50 per cento del mercato vale solo ove abbinata assieme ad altri parametri (che, se presi isolatamente, non sarebbero necessariamente decisivi) a dimostrare l’esistenza della posizione dominante. Tra questi, assumono rilievo la presenza di concorrenti con quote di mercato assai inferiori, l’esistenza di una forte integrazione verticale o di pregressi vantaggi competitivi, come tipicamente esclusive legali (nonché altri fattori quali la possibilità di offrire una vasta gamma di prodotti, la disponibilità di una rete di vendita particolarmente sviluppata ecc.).

Se invero la quota di mercato si attesta al di sotto del 25 per cento non si potrà più parlare di dominanza.

Con riferimento al mercato dell’offerta di energia elettrica in Italia, stando alle risultanze dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito: Garante) nel recente caso<sup>34</sup> inerente un’intesa tra Enel Produzione - Endesa Italia è emerso chiaramente che l’ex monopolista, nonostante l’avvenuto passaggio della titolarità dell’energia elettrica cd. CIP 6/92 da ENEL appunto al GRTN<sup>35</sup> e la cessione dei 15.000 MW di potenza imposta dall’articolo 8 del dlgs n. 79/99<sup>36</sup>, ad oggi continui a detenere una quota di mercato superiore al 50 per cento. In ogni caso, considerate le sopra illustrate caratteristiche del mercato della generazione elettrica la posizione di ENEL, anche ove inferiore al 50% per cento, sarà

---

<sup>33</sup> Si veda tra le altre: 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.

<sup>34</sup> Cfr. AG 10/06/2004, n. 13268 *Enel Produzione-EndesaItalia*, in *Boll.* 24/2004.

<sup>35</sup> Si veda la deliberazione CIP del 29 aprile 1992. (G.U. 12 maggio 92, n. 109), come modificata dal Decreto Ministeriale 4 agosto 1994 (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*”.

<sup>36</sup> L’articolo 8 del d.lgs. n. 79/99 per ridurre la attuale quota di mercato di ENEL ed introdurre la concorrenza nella generazione, ha infatti disposto che nessun operatore, a partire dal 1° gennaio 2003, possa detenere più del 50 per cento 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* dai media (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 (G.U. del 3 settembre 1999, n. 207), un numero di centrali tali da raggiungere, complessivamente, la quota di 15.000 MW.

comunque sufficientemente duratura e non soggiacerà, nell'immediato, a pressioni concorrenziali significative.

Le forti preoccupazioni per il grado di concentrazione dell'offerta di energia elettrica sono implicite nella formulazione del citato articolo 8 del dlgs. n. 79/99, che ha individuato una soglia o quota di mercato di attenzione concorrenziale (cd. *teito antitrust*); com'è noto è infatti vietato, a partire dal 1° gennaio 2003, a qualunque soggetto di produrre o importare - direttamente o indirettamente - più del 50 per cento del totale dell'energia prodotta o importata in Italia. Così facendo, è stata cristallizzata normativamente tale soglia ad un livello pari o inferiore al 50 per cento del mercato della generazione.

Giova rilevare, incidentalmente, due peculiarità a proposito di tale disciplina: anzitutto, che il citato legislatore con una scelta discutibile ha (inaspettatamente<sup>37</sup>) attribuito al Garante il compito di sorvegliare il rispetto di tale soglia. In secondo luogo, contrariamente a quanto avviene nella prassi antitrust relativa ai casi di abuso di posizione dominante, tale soglia di attenzione concorrenziale viene determinata *ex ante* dalla norma di regolazione, facendo però riferimento a parametri simili a quelli utilizzati in sede antitrust, segnatamente alla quota di mercato, che, come si è sopra rilevato, costituisce il principale indice da cui muovere per definire la posizione dominante.

Da quanto sin qui illustrato, risulta palese che la posizione dominante del gruppo ENEL nel mercato dell'offerta di energia elettrica unitamente ai (sopra illustrati) tratti caratterizzanti il mercato elettrico nazionale hanno un enorme potenziale distorsivo della concorrenza e del completamento del processo di liberalizzazione in corso.

Alla luce di ciò è naturale interrogarsi sulla adeguatezza dell'attuale sistema nazionale e, quindi, sulla reale efficacia degli strumenti antitrust e di regolazione approntati dal legislatore e attualmente in vigore, nel far fronte e prevenire l'esercizio di potere di mercato nell'offerta di energia elettrica.

Preliminarmente, si noti che gli interventi antitrust e di regolazione, in generale, si muovono su un duplice e distinto livello: da un lato, rileva l'attività del Garante di *tutela* della concorrenza, di controllo *ex post* dei comportamenti tenuti dagli operatori in posizione dominante sul mercato ai sensi della legge 10 ottobre 1990, n. 287 ("legge n. 287/90"), e, dall'altro, quella dell'Autorità che consiste in un'attività *ex ante*, di regolamentazione e controllo del mercato elettrico, finalizzata peraltro più alla *promozione* che alla tutela della concorrenza ai sensi della legge 14 novembre 1995 n. 481 ("legge n. 481/95")<sup>38</sup>.

Come sopra ricordato la cornice normativa in cui si muovono gli anzidetti interventi antitrust e di regolazione è costituita dal decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79/99 ("d.lgs. n. 79/99"); segnatamente il sopra citato articolo 8, ha ascrivito al Garante il compito di sorvegliare l'effettiva apertura del mercato

---

<sup>37</sup> Appare infatti come una scelta stravagante se solo si pensa al mercato delle comunicazioni di massa, ove le competenze sul rispetto dei tetti antitrust sono state "fisiologicamente" affidate all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

<sup>38</sup> Sulla complessa tematica dei rapporti fra antitrust e regolazione nei servizi pubblici italiani si rinvia al volume *Regolazione e concorrenza*, a cura di Tesaro 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, p. 355.

elettrico per il tramite dei suoi tipici poteri d'intervento *ex post*, ossia prevenendo o reprimendo i comportamenti distorsivi dell'ex monopolista, tendenti a limitare l'apertura dello stesso o l'entrata di nuovi soggetti<sup>39</sup>.

Tuttavia tale soglia, rigida nella sua formulazione, non appare in grado (e non solo a parere di chi scrive<sup>40</sup>) né di consentire, in quanto troppo ampia, l'introduzione di una concreta e diretta concorrenza nel comparto, né, considerata la sua rigidità, di adattarsi alle specificità del mercato che possono modificarsi nel tempo. Il più volte citato articolo 8 non prevede, infatti, meccanismi di temperamento della rigidità della soglia normativa di attenzione concorrenziale simili a quelli cui l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ("Agcom") può ricorrere in sede di definizione dell'operatore con notevole forza di mercato ai sensi del Dpr n. 318/97 nel caso delle telecomunicazioni; né si prevede il potere, esercitabile da parte del Garante, di imporre all'impresa che superi la predetta soglia di attenzione concorrenziale (50 per cento), sanzioni di tipo strutturale (accanto ai noti rimedi cd. comportamentali attualmente esperibili), così come invero avviene nel caso dell'Agcom - ove è la stessa legge 31 luglio 1997 n. 249 che attribuisce a quest'ultima poteri anche strutturali come l'imposizione di obblighi di cessione di rami d'azienda in caso di accertamento di una posizione dominante.

Come già sopra osservato, più in generale a proposito dell'analisi del contesto comunitario e internazionale, la tutela "ordinaria" offerta dal diritto della concorrenza (interventi sanzionatori *ex post*) si mostra dunque non adeguata e recessiva rispetto a quella offerta dalla regolazione. La sanzione irrogata dal Garante, infatti, non è di per sé idonea a rimuovere l'effetto della condotta abusiva che pregiudica il diritto del concorrente (e/o dell'utente). A fronte infatti della presenza di ex monopoli legali (ovvero naturali) che mantengono un ruolo dominante nel mercato dell'offerta e nella gestione delle infrastrutture che condizionano l'accesso ai mercati dell'energia elettrica, gli interventi repressivi non costituiscono sufficiente deterrente all'esercizio del potere di mercato e, più in generale, alla commissione di abusi di posizione dominante.

Constatata l'inadeguatezza della tutela antitrust per prevenire e contrastare con successo l'esercizio di potere di mercato nell'offerta di energia elettrica ci si

---

<sup>39</sup> A tale proposito non è chiaro comprendere secondo tale disposizione (articolo 8) quale sia il rapporto fra la vigilanza amministrativa che spetta al Garante sul rispetto del cd. tetto antitrust alla generazione elettrica e la repressione della tradizionale fattispecie di abuso di posizione dominante (ai sensi dell'articolo 3, della legge n. 287/90 e dell'articolo 82 del Trattato CE). Considerato che il citato intervento repressivo (ex art. 15, legge n. 287/90) ha un carattere sostanzialmente pecuniario, è logico chiedersi se esso risponda effettivamente alle finalità deconcentrative dell'articolo 8, se risulti, in altre parole, rispettato il rapporto di proporzionalità fra gravità dell'infrazione ed entità della sanzione. Ci si interroga quindi sul significato e sulle ricadute della scelta legislativa di aver attribuito espressamente al Garante il potere di intervenire nei casi di superamento della quota del 50% nella generazione elettrica. Questi interrogativi ed altri connessi a tale problematica meriterebbero un'indagine approfondita mediante appositi contributi dottrinali.

<sup>40</sup> Si veda a questo proposito le considerazioni espresse dall'Autorità nella Delibera n. 96/01, con cui già allora si era sottolineato come il meccanismo di formazione dei prezzi all'offerta sarebbe stato 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. L'Autorità conclude infatti che "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". Si veda inoltre le considerazioni svolte dal Garante nel documento AS154 del 5 novembre 1998, *Schema di decreto legislativo recante attuazione della Direttiva 96/92/CE*, in *Boll.* 44/1998; e in dottrina, tra gli altri, F. Grassini, *La concorrenza nell'industria elettrica e l'ENEL*, in *La concorrenza nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, 1998, p. 53 e L. De Paoli, *La liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica e del gas in Italia*, in *Economia delle fonti dell'energia e dell'ambiente*, n. 1/2000.

interroga di conseguenza sull'adeguatezza o meno di quella regolatoria esercitabile da parte dell'Autorità ai sensi del dlgs. n. 79/99 e della legge n. 481/95.

Si nota, anzitutto, che l'articolo 2, comma 33, della legge n. 481/95, nel disciplinare il coordinamento fra l'intervento dell'Autorità e del Garante, dispone che "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 (ovvero da imprese operanti nel settore del gas).

Si rileva, inoltre, (con maggiore preoccupazione) che, ai sensi della legge n. 481/95, le competenze dell'Autorità non comprendono un intervento diretto ed immediato sulle posizioni dominanti, come invero avviene nel caso dell'Agcom – ove, come sopra accennato, è la stessa legge 31 luglio 1997 n. 249/97<sup>41</sup> (istitutiva dell'Agcom) che attribuisce a quest'ultima poteri anche strutturali come l'imposizione di obblighi di cessione di rami d'azienda - bensì attengono, più in generale, alla regolazione e all'attività di monitoraggio dell'intero settore elettrico (anche se, proprio nell'esercizio di tale funzione, di frequente l'Autorità si trovi innanzi a situazioni palesemente o potenzialmente qualificabili come abusi di posizione dominante). Le uniche attribuzioni dell'Autorità, che, pur non riguardando esclusivamente le imprese in posizione dominante, mirano a promuovere in generale la concorrenza sono quelle inerenti al rispetto della separazione contabile<sup>42</sup>, societaria nonché al potere di imporre l'accesso alle reti<sup>43</sup> a terzi. E' noto, infatti, che sia la separazione contabile che quella societaria costituiscono (in mancanza della separazione proprietaria) il principale strumento per prevenire il fenomeno dei sussidi incrociati; per contro, l'accesso alle reti elettriche, che costituiscono infrastrutture essenziali e non duplicabili, rappresenta la condizione minima necessaria perché possa svilupparsi la concorrenza fra gli operatori attivi nei mercati a monte (generazione) o a valle (fornitura), per i quali l'accesso alla rete costituisce un input necessario<sup>44</sup>.

Ancora, l'Autorità nel tempo intercorso dalla sua prima operatività ha esercitato poteri – riconosciutigli dalla legge istitutiva n. 481/95 – ulteriori rispetto alle potestà regolatorie in senso stretto (ossia potestà di regolazione tariffaria e in materia di condizioni di accesso alle infrastrutture). La giurisprudenza amministrativa formatasi sui provvedimenti dell'Autorità riconducibili all'esercizio di tali ulteriori poteri ha parlato, in proposito, di "*potestà di vigilanza*" o anche di

---

<sup>41</sup> Si veda l'articolo 2 (rubricato Divieto di posizioni dominanti), commi 1 e 7, della legge 31 luglio 1997 n. 249, istitutiva dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) (154/L alla G.U. del 31 luglio 1997 n. 177).

<sup>42</sup> Si veda, con riguardo a tale profilo, l'articolo 2, comma 12, lett. f) della legge 481/95. La deliberazione dell'Autorità n. 311/01 costituisce attuazione di quella disposizione.

<sup>43</sup> Con riguardo a tale secondo profilo (dell'accesso alle reti) 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 e alle imprese distributrici in favore di chiunque ne faccia richiesta (si veda articoli 3, commi 1, e 9, comma 1, del d.lgs. n. 79/99).

<sup>44</sup> *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).

“potestà di regolazione non tariffaria” (contrapponeandola alla potestà tariffaria)<sup>45</sup>. Sotto un profilo contenutistico la potestà di vigilanza (o di regolazione non tariffaria) comprende: “l’emanazione di direttive concernenti la produzione e l’erogazione del servizio da parte dell’impresa, ma anche poteri di accesso, di ispezione, di acquisizione di documenti e di altre notizie utili, di controllo contabile e di irrogazione di sanzioni amministrative<sup>46</sup> ai soggetti inadempienti”<sup>47</sup>; inoltre, essa abbraccia tutte le attività della filiera dei settori di competenza, sia che si tratti di attività di rete (sottoposte alla potestà tariffaria ed alla potestà in materia di condizioni di accesso), sia che si tratti di attività di vendita<sup>48</sup>. Il patrimonio funzionale dell’Autorità auspicabilmente è destinato a crescere in futuro ovvero a consolidarsi ulteriormente per effetto dell’adozione delle nuove direttive comunitarie di settore.

Nonostante tale positiva evoluzione, rimane il fatto che allo stato, come abbiamo visto, le competenze dell’Autorità non comprendono un intervento diretto ed immediato per contrastare le posizioni dominanti ovvero le manifestazioni di esercizio di potere di mercato nell’offerta di energia elettrica.

## **5. Le proposte di riforma**

Posto che, come sopra illustrato, gli strumenti antitrust e di regolazione ad oggi in vigore non consentono di prevenire l’esercizio di potere di mercato, né permettono un’adeguata tutela *ex post*, nell’offerta di energia elettrica - mercato quest’ultimo che, come si è visto, a livello nazionale è ancora dominato da un forte *incumbent* e dove la regolazione asimmetrica fatica ancora ad affermarsi - si rendono necessarie nuove e più specifiche misure che colmino l’attuale lacuna.

La proposta di questo lavoro richiama e auspica, *de iure condendo*, interventi di riforma sulla scorta della positiva esperienza relativa alla ridefinizione del nuovo quadro comunitario delle comunicazioni elettroniche<sup>49</sup>.

Com’è noto, l’originario quadro normativo comunitario nel campo delle telecomunicazioni si caratterizzava per una netta distinzione tra strumenti di regolazione e strumenti antitrust, e per la forte prevalenza accordata alla

---

<sup>45</sup> Si veda Tar Lombardia 26 settembre 2002, sentenza n. 5132/02.

<sup>46</sup> In merito al potere dell’Autorità di irrogare sanzioni pecuniarie amministrative ai sensi dell’articolo 2, comma 20, lettera c) della citata legge n. 481/90 va evidenziato il recente (preoccupante) orientamento della giurisprudenza amministrativa che consentendo a soggetti regolati di applicare l’istituto dell’oblazione avverso provvedimenti sanzionatori irrogati dall’Autorità svuota così la portata afflittiva e deterrente dei provvedimenti della stessa segnatamente nei casi di violazioni gravi.

<sup>47</sup> Si veda Tar Lombardia 21 marzo 2001, sentenza n. 3116/01.

<sup>48</sup> Per quanto riguarda quest’ultime, il giudice amministrativo ha più volte precisato – contro le tesi di imprese ricorrenti che affermavano la carenza di ogni potere dell’Autorità in materia – che sebbene le attività di vendita siano attività non soggette a potestà di regolazione tariffaria, esse sono tuttavia attività avente rilevanza pubblica, e quindi, alla pari di tutti gli altri segmenti della filiera, attività di pubblica utilità, sottoposte, come tali, al potere di regolazione dell’Autorità. Si veda recentissimamente Tar Lombardia, Sezione IV, con sentenze nn. 6091, 6092, 6093, 6094, 6095, 6096, e 6101 del 3 novembre 2004. Si veda, inoltre, C.d.S. Sez. IV, 26 giugno 2001, n. 5648 e Tar Lombardia 26 settembre 2002, *cit.*.

<sup>49</sup> Si veda la Direttiva 2002/21/CE del 7 marzo 2002, in GUCE L 108 del 24 aprile 2002, p. 33; la Direttiva 2002/19/CE del 7 marzo 2002, in GUCE L 108 del 24 aprile 2002, p. 7; la Direttiva 2002/20/CE del 7 marzo 2002, in GUCE L 108 del 24 aprile 2002, p. 21; la Direttiva 2002/22/CE del 7 marzo 2002, in GUCE L 108 del 24 aprile 2002, p. 51; la Direttiva 2002/58/CE del 12 luglio 2002, in GUCE L 201 del 31 luglio 2002, p. 37; la Decisione 676/2002/CE del 7 marzo 2002, in GUCE L 108 del 24 aprile 2002, p.1 e il Regolamento 2887/2002/CE del 18 settembre 2001, in GUCE L 336 del 30 dicembre 2001, p. 4.

regolazione e all'uso delle misure asimmetriche nei confronti dei soli operatori più forti (nella gran parte dei casi gli ex monopolisti).

Semplificando, queste misure imponevano agli operatori definiti come detentori di una significativa forza di mercato (equiparati in virtù di una presunzione assoluta all'operatore dominante) una serie di obblighi e vincoli volti ad impedire comportamenti abusivi (nell'accezione del diritto della concorrenza). Il ricorso alla tradizionale tutela antitrust *ex post* era d'altro canto visto come una soluzione eccessivamente complessa, dai risultati incerti e foriera di un contenzioso amplissimo e prolungato<sup>50</sup>.

L'applicazione in concreto delle regole definite dalla originaria legislazione comunitaria, trasposte nel diritto interno degli Stati membri, era affidata alle autorità nazionali di regolazione; tale sistema, com'è noto, ha prodotto una normativa ed una regolamentazione eccessiva, molto penetrante nonché disomogenea all'interno dell'Unione Europea.

Tra gli obiettivi chiave della nuova legislazione comunitaria nel settore delle telecomunicazioni vi è, invero, la semplificazione normativa e, soprattutto, per quanto qui rileva, l'armonizzazione della regolazione (secondo lo schema della regolazione asimmetrica) con i concetti e l'analisi tipica del diritto della concorrenza.

E' appunto la convergenza tra questi due sistemi e, conseguentemente, la fusione dei relativi strumenti in un unico omogeneo armamentario pro concorrenziale (oltre che di tutela *ex post*), che costituisce l'innovazione/intuizione fondamentale del nuovo sistema.

Non a caso il primo obiettivo chiave della normativa e dell'attività delle autorità di regolazione, puntualmente indicato nella nuova direttiva quadro, è appunto la promozione della concorrenza; tali autorità, infatti, nell'applicazione della nuova normativa "*promuovono la concorrenza (...) vigilando affinché la concorrenza non sia falsata né ostacolata*"<sup>51</sup>; il riferimento alla concorrenza è, inoltre, costante in tutto il pacchetto normativo.

Tale innovazione si manifesta, in primo luogo, con l'identificazione dei presupposti per l'imposizione delle norme/misure asimmetriche e dei loro destinatari. Il presupposto è la presenza di una situazione di dominanza sul mercato rilevante ovvero di una situazione in cui vi sono operatori qualificabili come detentori di un "significativo potere di mercato"<sup>52</sup>, secondo la definizione classica del diritto della concorrenza, così come convalidata dalla prassi della Commissione e della Corte di Giustizia europee in luogo della definizione aprioristica delle precedenti direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni.

L'introduzione di tale approccio, basato sull'analisi tipica del diritto della concorrenza, impone ovviamente uno scrutinio caso per caso della sussistenza della dominanza ovvero del significativo potere di mercato prodromica

---

<sup>50</sup> Per un'analisi critica sulla riforma che ha istituito il nuovo quadro comunitario in materia di comunicazioni elettroniche si veda G. Radicati di Brozolo, *Convergenza, Concorrenza, Regolazione e Assimetria nel nuovo quadro comunitario delle comunicazioni elettroniche*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002.

<sup>51</sup> Cfr. articolo 8, paragrafi 2, 3 e 4 della Direttiva 2002/21/CE cit.

<sup>52</sup> Si veda la Direttiva quadro, articolo 14, paragrafo 2 "[...] *le imprese che, individualmente o congiuntamente con altre, si trovano in una posizione equivalente ad una posizione dominante, vale a dire che sono in grado di comportarsi in misura apprezzabile in maniera indipendente dai concorrenti, dai clienti, e in fin dei conti dai consumatori*".

all'imposizione delle misure *ex ante*. Per valutarne tale sussistenza le autorità di regolazione dovranno seguire un approccio prospettico (simile a quello effettuato in tema di controllo delle concentrazioni), diverso, quindi, da quello effettuato dalle autorità antitrust in sede di applicazione delle regole sull'abuso ove si effettua una valutazione su comportamenti progressi.

Altrettanto significativo è l'effetto che discende dall'accertamento della dominanza nella forma del significativo potere di mercato che, diversamente da quanto accade nel diritto della concorrenza - ove la sussistenza della sola posizione dominante è irrilevante posto che ciò che conta è l'abuso - costituisce il presupposto necessario e sufficiente per l'applicazione delle misure *ex ante*. Giova comunque evidenziare che, nel nuovo modello regolatorio, la mera constatazione della situazione di dominanza, così come la presenza di più imprese dominanti nel mercato rilevante considerato, non equivale di per sé e in modo automatico ad assenza di concorrenza (o addirittura ad un abuso di posizione dominante), ma deve essere valutata caso per caso nel contesto di riferimento<sup>53</sup>.

Si noti, inoltre, che la nozione estensiva di significativo potere di mercato, unitamente all'ampia discrezionalità delle autorità di regolazione nazionali nell'individuarela, inducono a pensare che nell'applicazione di tali nuove regole vi sarà la possibilità di considerare dominanti anche imprese con quote di mercato non significative o comunque minori rispetto alle soglie normalmente prese in considerazione dalla prassi comunitaria (si veda *sub 4*).

Tale approccio sarebbe particolarmente utile se applicato *mutatis mutandis* nel campo dell'energia elettrica, in quanto consentirebbe di tener conto anche delle peculiari situazioni strutturali di mercato, sopra descritte, in cui anche operatori con modeste quote di mercato sono in grado di esercitare potere di mercato nella generazione e nell'offerta di energia elettrica (si veda *sub 2 e 3*).

Il nuovo quadro comunitario attribuisce, pertanto, un elevato grado di discrezionalità alle autorità di regolazione nella determinazione dei presupposti per l'applicazione dei rimedi *ex ante* (i.e. individuazione del significativo potere di mercato) così come nella individuazione dei singoli rimedi *ex ante* da imporre (tra quelli richiamati dalla citata Direttiva quadro all'articolo 16, paragrafo 2). Parte della dottrina è, peraltro, molto critica nei confronti di tale nuovo quadro che, attribuendo "a tali autorità (nazionali di regolazione) poteri molto intrusivi accompagnati da un elevato grado di discrezionalità", si ritiene produrrà un aumento della incertezza per gli operatori del mercato delle comunicazioni elettroniche<sup>54</sup>.

A tale proposito si ritiene, peraltro, che vi siano molteplici elementi, esterni ed interni alla nuova disciplina in parola in grado di mitigare tali incisivi poteri e l'elevata discrezionalità riconosciuta alle medesime autorità. Fra gli elementi esterni si annovera, anzitutto, il controllo giurisdizionale contro le singole misure *ex ante* imposte dalle autorità in applicazione del nuovo quadro normativo, misure che, comunque, debbono essere valutate anche alla luce del fondamentale

---

<sup>53</sup> Si veda, a tale proposito, il riferimento espresso di cui al Considerando 27 della Direttiva quadro che riconosce espressamente che l'impresa dominante anche se detentrica di un significativo potere di mercato "non per questo dovrà essere assoggettata ad obblighi ingiustificati".

<sup>54</sup> Cfr. in particolare, G. Radicati di Brozolo, op. cit. pag. 24 e s.

e generale principio di proporzionalità più volte richiamato nella Direttiva quadro e rispetto al quale vi sono specifici obblighi di motivazione<sup>55</sup>.

Fra gli elementi interni di contrappeso all'aumento del potere e della discrezionalità delle autorità di regolazione derivante dall'applicazione di un siffatto modello regolatorio si segnala, più in generale, il principio per cui gli obblighi *ex ante* sono imposti "quando i mezzi di tutela apprestati dal diritto nazionale e comunitario della concorrenza non siano sufficienti" a contrastare la mancanza di concorrenza effettiva<sup>56</sup> (o peggio a rimediare alle distorsioni e alle restrizioni della concorrenza). A ciò si aggiunge, poi, il rimedio endoprocedimentale che consiste nella consultazione dei soggetti interessati anteriormente all'adozione delle misure di applicazione della normativa e nella pubblicazione dei risultati della consultazione<sup>57</sup>. Inoltre, nel caso di adozione di misure asimmetriche suscettibili di influenzare gli scambi tra Stati membri, l'innovativa procedura della Direttiva quadro consente alla Commissione di esercitare il (significativo) potere di bloccare l'adozione da parte delle autorità nazionali delle misure atte a interferire con il mercato unico o contrarie al diritto comunitario<sup>58</sup>.

Sotto il profilo procedurale il nuovo modello regolatorio impone un *iter* applicativo che coinvolge la Commissione e le autorità di regolazione e che si articola, in estrema sintesi, nei seguenti passaggi:

- (i) anzitutto nell'identificazione "*in conformità ai principi del diritto della concorrenza*" da parte della Commissione, in esito a consultazione pubblica e delle autorità nazionali di regolazione, dei mercati nella loro dimensione merceologica (prodotti o servizi) le cui caratteristiche siano tali da giustificare l'imposizione di obblighi *ex ante*<sup>59</sup>;
- (ii) in secondo luogo nell'identificazione *in concreto* da parte delle singole autorità di regolazione dei mercati rilevanti nella loro dimensione geografica e merceologica "*corrispondenti alle particolarità nazionali*"<sup>60</sup> e tenendo "*nel massimo conto*" le Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica basata sui classici canoni del diritto della concorrenza<sup>61</sup>;
- (iii) in terzo luogo nell'analisi da parte delle predette autorità nazionali ("*se del caso in collaborazione con le autorità nazionali di concorrenza*") dei mercati identificati come rilevanti, nella loro duplice dimensione secondo la suddetta analisi, al fine di accertare se siano effettivamente

---

<sup>55</sup> Cfr. articolo 8, paragrafo 1, della Direttiva quadro e paragrafi 21, 114, 117 e 118 delle Linee Direttrici.

<sup>56</sup> Si veda il ventisettesimo Considerando della Direttiva quadro ed il paragrafo 17 delle Linee Direttrici. Il principio in questione, così come chiaramente enunciato dal legislatore comunitario, pare lasciar sottendere una certa sfiducia dello stesso legislatore nella capacità di intervento delle autorità di concorrenza.

<sup>57</sup> Cfr. articolo 6 della cit. Direttiva quadro.

<sup>58</sup> Cfr. articolo 7, paragrafo 4, della Direttiva quadro.

<sup>59</sup> Cfr. articolo 5 della Direttiva quadro.

<sup>60</sup> Si veda la Direttiva quadro, articolo 15, paragrafo 3.

<sup>61</sup> Si veda Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, GUCE C 165 dell'11 luglio 2002, p. 6.

concorrenziali e dunque stabilire se vi sono i presupposti per imporre l'applicazione delle misure asimmetriche<sup>62</sup>;

- (iv) infine nell'identificazione (sempre da parte delle predette autorità nazionali), qualora il mercato rilevante venga considerato non concorrenziale, della o delle imprese con significativo potere di mercato, secondo la metodologia sopra illustrata, e la conseguente imposizione degli "appropriati" obblighi regolamentari specifici per quella situazione patologica riscontrata in concreto<sup>63</sup>.

E' facilmente intuibile che tale modello regolatorio se applicato *mutatis mutandis* nel campo dell'offerta di energia elettrica consentirebbe di misurare il potere di mercato in modo più adeguato anche sotto il profilo geografico e nella propria dimensione spaziale consentendo quindi di tener conto di situazioni di dominanza, singola o collettiva, in mercati geografici "zonal" e in spazi temporali molto ristretti sia da parte di operatori con o senza rilevanti quote di mercato.

Più in generale una siffatta metodologia di analisi, l'*iter* e il *modus applicandi* ivi previsto, così come la maggiore discrezionalità tecnica riconosciuta alle autorità di regolazione (seppure con gli adeguati contrappesi che abbiamo illustrato) consentirebbero infatti un'adeguata ed efficace tutela *ex ante* contro l'esercizio di potere di mercato che si andrebbe comunque a sommare alla classica tutela *ex post* tipica del diritto della concorrenza.

## 6. Conclusioni

Nei paragrafi precedenti è stato analizzato come l'applicazione all'industria elettrica delle regole antitrust comunitarie e nazionali abbiano seguito un approccio piuttosto pragmatico rispetto alla sua applicazione ad altri settori dell'industria. Nei numerosi casi notificati alla Commissione (in particolare nel campo delle concentrazioni), quest'ultima ha accettato restrizioni della concorrenza nella competizione a breve termine in cambio di un'espansione della capacità di generazione o di trasmissione che potesse rafforzare la concorrenza nel lungo periodo. Inoltre, la Commissione Europea così come le autorità nazionali – le quali nonostante alcuni margini di discrezionalità nell'applicazione delle regole antitrust al proprio contesto nazionale sono comunque tenute *ex lege* ad uniformarsi ai principi e agli orientamenti comunitari in materia – sembrano non aver contrastato con successo asseriti comportamenti abusivi di imprese in posizione dominante in nessuna delle istruttorie aperte nel corso di questi ultimi anni a seguito della liberalizzazione del settore. Tale prassi non offre, quindi, significativi margini di credibilità all'auspicato (da più parti) progetto di rafforzamento della politica concorrenziale come fondamentale strumento per reprimere gli abusi di potere di mercato così come gli abusi di posizione dominante.

Piuttosto, alla luce delle più significative esperienze internazionali, sarebbe auspicabile un rafforzamento dell'attuale quadro regolamentare e di tutela antitrust del settore in esame che, sulla scorta della proposta (i.e. MALC) a suo

---

<sup>62</sup> Si veda la Direttiva quadro articolo 16.

<sup>63</sup> Si veda la Direttiva quadro articolo 16, paragrafo 4. Qualora invece le autorità di regolazione nazionali dovessero determinare che il mercato è concorrenziale nessun obbligo asimmetrico verrebbe imposto o mantenuto ma anzi se del caso verrebbe soppresso (si veda la Direttiva quadro articolo 16, paragrafo3).

tempo formulata dal regolatore inglese, tenga debitamente conto, nell'approntare nuovi strumenti antitrust e di regolazione realmente efficaci contro l'esercizio di potere di mercato, di tutte le sopra esaminate peculiarità che contraddistinguono l'industria elettrica da tutti gli altri settori dell'industria e che, allo stesso tempo, consenta ai regolatori comunitario e nazionali di avere accesso, come avviene per il modello regolatorio implementato dalla Ferc, alle informazioni e ai dati rilevanti sui singoli generatori. Tale accesso è, infatti, indispensabile per monitorare efficacemente il mercato, per identificare eventuali manipolazioni di prezzi e, soprattutto, per comprendere appieno la struttura del prezzo praticato dai generatori nell'offerta di energia elettrica e l'eventuale valenza "predatoria" o "eccessiva" del medesimo.

In particolare, con riferimento alla regolazione, sarebbe auspicabile che l'attuazione del programma per il completamento del mercato elettrico comunitario venisse rafforzato da ulteriori misure di natura regolatoria e antitrust, e segnatamente le seguenti: (i) un intervento diretto e immediato delle autorità nazionali di regolazione attraverso l'esercizio del cd "potere di regolazione non tariffario" (evidenziando la potestà di regolazione di intervenire anche sui segmenti della filiera aperti alla concorrenza) per prevenire fenomeni quali l'esercizio di potere di mercato nell'offerta di energia elettrica sulla scorta della recente esperienza del Regno Unito, ove l'attività dell'Ofgem, infatti, si sta volgendo sempre più verso un modello di regolazione del settore avanzato orientato verso una più stringente applicazione del diritto antitrust alle componenti dell'industria elettrica aperti alla concorrenza dell'industria elettrica;

(ii) la previsione di più ampi poteri investigativi e sanzionatori alle autorità di regolazione nazionali, per permettere a queste di poter esaminare in presenza di un *fumus*, se non a propria discrezione come nella proposta della FERC, i programmi relativi all'offerta di ogni generatore;

(iii) definizione a priori di un insieme minimo di strumenti ed indicatori di analisi economica per valutare lo stato concorrenziale dell'industria elettrica nonché una puntuale analisi costi - benefici di una politica di rafforzamento del ruolo di monitoraggio del mercato da parte delle autorità di regolazione per valutare attentamente le necessità di incrementare il controllo *ex ante* e, allo stesso tempo, di ridurre, per quanto possibile, il tempo necessario a correggere *ex post* le anomalie del mercato;

(iv) la previsione di una "*escape clause*" che conceda sia alla singola autorità nazionale di regolazione che antitrust, nel caso vi sia una netta separazione di competenze, un'opzione di intervento celere sul mercato della generazione in circostanze straordinarie (di abuso di posizione dominante) ben definite;

(v) nel caso italiano la previsione - tramite una modifica legislativa (che poteva essere già contenuta nella legge 23 agosto 2004 n. 239/04) alla disposizione (articolo 8) del decreto Bersani relativa ai c.d. tetti antitrust - di criteri più flessibili rispetto all'attuale previsto dal medesimo articolo del decreto Bersani (che fa divieto a partire dal 2 gennaio 2003 a qualunque soggetto di produrre o importare, direttamente o indirettamente, più del 50 % del totale dell'energia prodotta o importata in Italia) e la possibilità di effettuare accertamenti caso per caso a prescindere dal raggiungimento o meno della quota di mercato del 50%; attribuendo, in via concorrente, al Garante e alla Autorità il compito di sorvegliare

il rispetto di tale soglia, rendendo, così, possibile un'azione sinergica che farebbe tesoro delle diverse specializzazioni.

Per quanto riguarda la disciplina antitrust si ritiene necessario emendare il quadro normativo di riferimento per garantire una maggiore funzionalità alle caratteristiche peculiari del mercato elettrico, e in particolare:(i) una definizione del mercato geografico rilevante parzialmente diversa rispetto alla attuale, seguita dalla Commissione Europea nei casi ex articolo 82 del Trattato, per tener conto, da un lato, della possibilità che i mercati rilevanti nella generazione elettrica possano mutare sensibilmente di ora in ora, dall'altro della possibilità che un abuso di posizione dominante possa consumarsi, come dimostrato dall'Ofgem, “*temporally transitory and irregularly intermittent*”;

(ii) una definizione del mercato rilevante dal punto di vista del prodotto che permetta di stabilire la “dominanza”, nello specifico settore elettrico, al raggiungimento di una soglia di quota di mercato, relativa all'impresa oggetto d'indagine, ben al di sotto dell'attuale soglia comunitaria del 40 per cento; indirettamente, un apprezzabile tentativo in questa direzione (seppure nel campo del controllo delle concentrazioni) è già stato fatto dalla Finlandia che nella legge nazionale antitrust “*Finnish Act on Competition Restrictions*” ha inserito una specifica disposizione<sup>64</sup> che attribuisce alla competente “*Market Court*”, su proposta dell'Autorità nazionale Antitrust, il potere di proibire *mergers* relative alla fornitura o distribuzione di energia elettrica qualora le quote di mercato risultanti dall'operazione superino il 25 per cento a livello nazionale;

(iii) un continuo monitoraggio del contesto concorrenziale e una pubblicazione periodica dei principali indicatori del grado di concorrenza del settore (quote di mercato, indice di concentrazione, capacità installata ecc.), in particolare in relazione al segmento della generazione;

(iv) nel caso italiano, una riforma parziale - tramite un emendamento specifico all'articolo 15 della Legge n. 287\90 - dei poteri sanzionatori del Garante che potrebbe così articolarsi: (a) nei casi di abuso di posizione dominante realizzati da un'impresa che detiene una quota di mercato inferiore alla soglia del 50 % (ex articolo 8 Decreto Bersani) il Garante avrebbe i poteri classici di diffida e sanzione pecuniaria, ex articolo 15 della Legge 287\90; (b) nei casi di superamento della soglia del 50 per cento, in presenza o in assenza di un comportamento abusivo, il Garante avrebbe anche i poteri rafforzati di *divestiture* ai sensi del citato articolo 8. In questo modo l'articolo 8 andrebbe qualificato come norma che fissa una condizione di legittimo intervento del Garante nel mercato elettrico al di fuori ed, in aggiunta, ai casi di abuso di posizione dominante; inoltre, l'attribuzione al Garante di tale potere di intervento dovrebbe portare, *de iure condendo*, al riconoscimento della conseguente facoltà di adottare, nel solo mercato della generazione elettrica e solo ove rilevi che la quota del 50% sia superata, accanto ai noti rimedi *comportamentali* anche provvedimenti di tipo *strutturale*.

---

<sup>64</sup> Vedi articolo 11, lettera d), paragrafo 2) del “*Finnish Act on Competition Restrictions*” n. 480 del 1992 così come emendato nel 1998 per introdurre la disciplina sul controllo delle concentrazioni “ (...) *the Market Court may, upon the proposal of the Finnish Competition Authority, also ban a concentration in the electricity market as a result of which the combined share of the transmission operation of the parties to the concentration and the entities or facilities in such a relation to them as described under 11b(1)-(3) of the amount of electricity transmitted at 400 V in the transmission grid exceeds 25 percent on a national level*”.

Il recepimento da parte del legislatore comunitario di tali misure (o almeno di parte di queste) permetterebbe verosimilmente di prevenire, o almeno di contrastare efficacemente, le manifestazioni di sfruttamento “abusivo” del potere di mercato ad opera di operatori “dominanti” ex art. 82 del Trattato e, altresì, di operatori che, nonostante le modeste quote di mercato detenute, possano divenire “dominanti” a livello locale a causa di congestioni e altri vincoli infrastrutturali, superando in tal modo la tradizionale analisi antitrust formalistica che si basa essenzialmente, se non altro nella fasi iniziali di indagine, sulla mera verifica del raggiungimento o meno di una data soglia di quota di mercato da parte dell’operatore, o degli operatori, la cui condotta è sottoposta ad indagine.

Ad opinione di chi scrive , in una prospettiva ancora una volta *de iure condendo*, la riscrittura della disciplina del mercato elettrico comunitario secondo il processo di convergenza e armonizzazione (tra lo schema di regolazione asimmetrica e i concetti e l’analisi tipica del diritto della concorrenza) seguito nella sopra richiamata riforma comunitaria delle comunicazioni elettroniche costituirebbe certamente l’occasione più proficua per poter recepire tutte o parte delle istanze sopra formulate.

Tuttavia, la realizzazione di un contesto competitivo dovrà necessariamente passare attraverso una piena integrazione di mercati elettrici a livello europeo. Il recepimento delle direttive comunitarie, volutamente a maglie larghe, è stato effettuato da parte degli stati membri senza interventi incisivi sulle strutture industriali esistenti. Ciò ha creato delle forte rigidità al processo di convergenza minando il processo di liberalizzazione di forti criticità sotto il profilo concorrenziale.

Giunti a questa fase del processo risultano difficilmente sostenibili eventuali interventi strutturali e l’unica strada possibile per la creazione di un contesto competitivo a livello comunitario è quella della piena integrazione dei mercati attraverso la rimozione delle barriere infrastrutturali ed i vincoli legali, l’unica via in grado di “diluire” le posizioni dominanti all’interno dei singoli stati membri.

## BIBLIOGRAFIA

- 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)*, in *Quaderni della Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, n. 13/1996; ivi, in particolare, i contributi di DE VERGOTTINI G., *L'Autorità di regolazione dei servizi pubblici e il sistema costituzionale dei pubblici poteri*, p. 3 ss., QUADRI G., *L'Autorità indipendente per il settore energetico*, p. 118 ss. e AMOROSINO S., *Il processo di costruzione dell'Autorità e del mercato regolato dell'energia*, p. 129 ss.;
- ALBERS M., *Energy Liberalisation and EC Competition Law, 28th Annual Conference of Antitrust Law and Policy*, Fordham, 2001;
- AMENDOLA V., PARCU P. (a cura di) *L'antitrust italiano, le sfide della tutela della concorrenza*;
- BARDUSCO A., CAIA G., DI GASPARE G. (a cura di), "Commentario della legge 14 novembre 1995, n. 481", in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, p. 228 ss.
- BORENSTEIN S. *Understanding Competitive Pricing and Market Power in Wholesale Electricity Markets*, in *Electricity Journal*, n. 136/2000, pp. 49-57;
- BORENSTEIN S.; BUSHNELL J., KNITTEL C. R. *Market Power in Electricity Markets: Beyond Concentration Measures*, in *Energy Journal*, n.20/1999, pp. 65-88;
- BORENSTEIN S.; BUSHNELL J., WOLAK F., *Diagnosis in Market Power in California's Restructured Wholesale Electricity Market*, Working Paper, National Bureau of Economic Research, 2000, in [www.nber.org/papers/w7868](http://www.nber.org/papers/w7868);
- CAMPIDOGGIO C., *Cessioni Enel e possibili effetti sulla concorrenza*, in *Energia*, n. 2/2000;
- CASSESE S., FRANCHINI C. (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996;
- CLÒ A. *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;
- CERVIGNI G., D'ANTONI M., *Monopolio naturale, concorrenza e regolamentazione*, Roma, 2001;
- COLAVECCHIO A., *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario*, Bari, 2000;
- COPENHAGEN ECONOMICS APS *Use and abuse of market power in the Nordic power market*, 21 October 2002;
- DI PORTO F., *Il Decreto Bersani (D.Lgs. n. 79/99). Profili pro-concorrenziali della riforma del mercato elettrico*, in *Concorrenza e mercato*, n. 8/2000, p. 406;
- EUROPEAN COMMISSION STAFF WORKING PAPER, "Second benchmarking report on the implementation of the internal electricity and gas market", Brussels, 01/10/2002 SEC (2002) 1038;
- EUROPEAN COMMISSION DG TREN, "Electricity Liberalisation Indicators in Europe", 2001, in [www.europa.eu.int/comm/energy/library/oxera.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/energy/library/oxera.pdf) ;
- FATTORI P., *Liberalizzazione dei mercati: il ruolo dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 8/2000, p. 355;
- FATTORI P., TODINO M. *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004;
- GENTILE G.G., *L'apertura del mercato interno dell'elettricità*, in *Rassegna Giuridica dell'energia elettrica*, 1999, cap. III, sez. III p. 37 ss, ID., *La riforma del settore elettrico: continuità e discontinuità dell'intervento pubblico*, in *Rassegna Giuridica dell'energia elettrica*, 1999, p. 285 ss.
- GERARDIN D., *The Liberalization of State Monopolies in the European Union and Beyond*, Kluwer Law International, 2000;
- GIBBONS, JOHN H., HOGAN, WILLIAM W., MALONE, ELIZABETH L. AND RIGGS, JOHN A., *Market, Technology, and Policy Drivers: The Future Structure of the Electricity Industry*, Aspen Energy Policy Forum, 2000, in [www.aspeninstitute.org](http://www.aspeninstitute.org);
- HARBORD D., FABRA N. , *Market Power in Electricity Markets: Do Electricity Markets Require Special Regulatory Rules?*, 2001;
- MOTTA M., *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge University Press.

- NEWBERY D. M., *The Economic and Social Review*, vol. 33, n. 1/2002, pp. 23-41;
- NEWBERY D. M., *Regulating Unbundled Network Utilities*, Cambridge University, UK, *Competition, Contracts and Entry in the Electricity Spot market Working Paper*, Cambridge University;
- NEWBERY D. M., *Competition, Contracts and Entry in the Electricity Spot market Working Paper*, Cambridge University, 1997;
- NEWBERY D. M., *Problems of liberalising the electricity industry*, in *European Economic Review*, n. 46 (4-5)/2002 pp. 919-927;
- NEWBERY D. M., GREEN R., NEUHOFF K., "A Review of the Monitoring of Market Power The Possible Roles of TSOs in Monitoring for Market Power Issues in Congested Transmission Systems (Report prepared at the request of ETSO), November 2004;
- OCSE, "Roundtable on competition issues in the electricity sector" by DAFPE, 12 October 2002;
- PERA A., *Privatizzazioni, liberalizzazione e recenti orientamenti della regolamentazione*", in *Rivista di politica economica*, 1995, p. 17-35;
- POLO M., SCARPA C., *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;
- POLO M., C. SCARPA, *The Italian electricity sector between privatization and fear of competition*, in BALDASSARRI M., MACCHIATI A. E PIACENTINO A. (a cura di) *The Privatization of Public Utilities. The case of Italy*, London, 1996;
- RADICATI DI BROZOLO L. G., *Convergenza, Concorrenza, Regolazione e Assimetria nel nuovo quadro comunitario delle comunicazioni elettroniche*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002;
- SCARPA C., *Chi ha paura della concorrenza nel settore elettrico? Note a margine del decreto Bersani*, in *Mercato concorrenza regole*, 1999, p. 105 ss.;
- STOFT. T., "Power System economics" WILY – Interscience NJ, 2002;
- TESAURO G. E D'ALBERTI M. (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000 ed ivi, in particolare, i contributi di CASSESE S. *Regolazione e concorrenza*, p. 11., BERMANN G. A, *Regolazione e liberalizzazione dei mercati: un'analisi comparativa*, p. 27 e RANCI P., *L'energia elettrica e il gas*, p. 129;
- WHISH R., *Competition Law*, fourth edition, Butterworths, 2001;
- WORLD ENERGY COUNCIL *The Benefits and Deficiencies of Energy Sector Liberalisation Current Liberalisation Status*, Volume II (published in November 2002).