

Regolazione e concorrenza^{*}

di

Giovanni Pitruzzella

1.- I rapporti tra concorrenza e regolazione sono molteplici e problematici. Prima di passarli in rassegna, è opportuno definire il perimetro concettuale delle due nozioni.

Fra le definizioni correnti, una delle più diffuse è quella formulata da Philip Selznick, secondo il quale per *regulation* deve intendersi “*un controllo prolungato e focalizzato, esercitato da una agency pubblica, su attività cui una comunità attribuisce una rilevanza sociale*”. Non molto dissimile, anche se più circoscritta, è quella utilizzata da Majone e La Spina nel loro libro su “*Lo Stato regolatore*”, secondo i quali con quest’ultimo deve essere inteso non solo uno Stato che interviene per lo più tramite regole nella sfera economica – e quindi non più attraverso interventi e gestioni dirette – ma anche, più specificamente, uno Stato che, nel farsi carico di tale compito, tende ad avvalersi di agenzie di regolazione indipendenti dal potere politico, lì dove possibile e opportuno.

Normalmente si aggiunge che la *regulation*, così delimitata, trova la sua principale giustificazione nella presenza di fallimenti di mercato. Proprio questi ultimi rendono accettabile l’intervento pubblico anche ai fautori di un’economia di mercato. In primo luogo è ricondotta a tale situazione la mancanza di concorrenza per la presenza di un monopolio naturale. Pertanto, la regolazione può avere essa stessa una finalità pro-concorrenziale, perché può essere diretta a creare artificialmente quelle condizioni che permettono la concorrenza che altrimenti non potrebbe esserci (p. es. il diritto delle reti). Vi sono poi altri fallimenti di mercato che giustificano la regolazione, come: 1) presenza di esternalità negative; 2) mercati incompleti; 3) produzione e tutela di beni pubblici; 4) difetti informativi. L’elenco delle finalità della regolazione si è poi progressivamente allargato ricomprendendo tanti altri beni come la tutela dei consumatori, la salvaguardia dell’ambiente, la crescita economica, gli squilibri di mercato, la disoccupazione ecc.

La regolazione nata negli USA ha trovato, com’è noto, in Europa la sua più compiuta realizzazione, in mercati relevantissimi (energia, telecomunicazioni, trasporti, ecc.). Smentendo alcuni luoghi comuni presenti nel dibattito pubblico, possiamo dire che l’UE

^{*} Relazione al 60° Convegno di studi amministrativi, Varenna, 18-20 ottobre 2014. Versione provvisoria.

non abbraccia alcun fondamentalismo di mercato ma, al contrario, configura il mercato unico quale mezzo per realizzare altri obiettivi, quali il benessere economico, la piena occupazione, una crescita equilibrata e sostenibile (come si esprime l'art. 3 (3) del TUE). Le stesse logiche di mercato devono essere bilanciate con altri interessi, quali il miglioramento della qualità dell'ambiente e tutta quella serie di valori consacrati nel titolo primo del TUE, quali la dignità umana, il rispetto dei diritti umani, l'eguaglianza, il pluralismo, la non discriminazione, la coesione economica e sociale, ecc. (artt. 2 e 3). Coerentemente con questo quadro costituzionale l'art. 3 parla di economia sociale di mercato per qualificare l'economia dell'UE, riallacciandosi ad una grande tradizione culturale.

Al di là del dibattito teorico generale, perciò, possiamo concludere osservando che nell'ordinamento europeo è pienamente accolta quella nozione di mercato – tra i giuristi italiani particolarmente difesa e sviluppata da Natalino Irti – secondo cui il mercato non è un ordine spontaneo (secondo la tesi di Hayek) ma è un ordine giuridico, una creazione del diritto, espressione di precise decisioni politiche.

Questa ispirazione sta alla base di un'altra componente dello scheletro costituzionale dell'UE: la tutela della concorrenza. Com'è stato messo in evidenza (tra gli altri, assai chiaramente, da Mario Libertini), riprendendo la tradizione scientifica degli ordoliberali di Friburgo, il diritto della concorrenza europeo presuppone il mercato non già come un *locus naturalis*, bensì come un prodotto artificiale, che bisogna di regole e di controlli amministrativi, per evitare che, seguendo la sua logica spontanea, determini abusi del potere di mercato e cartelli con pregiudizio del benessere dei consumatori. Il mercato, piuttosto di autoregolarsi perseguendo il benessere generale, tende a una degenerazione monopolistica. Pertanto, *“la politica della concorrenza si sposta dall'idea dell'intervento punitivo contro comportamenti occasionali, devianti dall'ordine naturale delle cose, all'idea di un intervento amministrativo permanente di promozione della concorrenza contro le tendenze naturali dei mercati ad irrigidirsi nella difesa delle posizioni di potere, individuale e collettivo, che emergono spontaneamente dal processo concorrenziale medesimo”* (M. Libertini). A differenza, però, della regolazione la tutela della concorrenza consiste in interventi *ex-post*, diretti a colpire gli illeciti anticoncorrenziali (intese restrittive della concorrenza e abusi di posizione dominante) a salvaguardia del benessere del consumatore (che nel corso del tempo e delle diverse prospettive teoriche, è stato variamente inteso).

2.- Tra regolazione e concorrenza corrono almeno quattro tipi diversi di relazioni. La prima riguarda l'applicabilità del diritto della concorrenza a settori regolati. Il problema può essere sintetizzato nella seguente domanda: nei settori economici in cui esiste un'Autorità di regolazione, quando l'impresa si è formalmente conformata alla regolazione, c'è ancora spazio per la configurazione di illeciti *antitrust*?

La seconda relazione riguarda l'eventuale condizionamento che le finalità perseguite con la regolazione possono avere sull'applicazione del diritto della concorrenza. La questione è se nell'*enforcement antitrust* si possa tenere conto di finalità diverse rispetto a quelle propriamente concorrenziali.

La terza relazione è quella tra le diverse finalità della regolazione, e più precisamente, consiste nell'eventuale *trade off* tra la finalità pro-concorrenziale – che generalmente è perseguita attraverso la regolazione – e finalità diverse (come quella di salvaguardia dell'ambiente).

Vi è infine un problema generale che attiene all'effettiva capacità della regolazione di promuovere la concorrenza. Quanto è desiderabile la regolazione in un'ottica pro-concorrenziale?

Oltre alla questioni sopraindicate – che attengono a diversi aspetti del rapporto tra regolazione e concorrenza – c'è poi il problema della dimensione territoriale ottimale della regolazione che intende favorire un mercato concorrenziale. La regolazione, in altri termini, può mantenersi in una dimensione nazionale oppure deve almeno avere una dimensione europea?

3.- Cominciamo con l'affrontare la prima delle questioni sopra indicate.

In base ad un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, i rapporti tra la disciplina *antitrust* e la regolazione settoriale non si configurano in termini di esclusione, ma di complementarietà. Le due discipline perseguono, infatti, finalità solamente in parte coincidenti: l'una (la disciplina *antitrust*) si occupa di intervenire nei confronti delle condotte delle imprese che ostacolano o impediscono la concorrenza; l'altra (la regolazione settoriale), attraverso regole generali fissate *a priori*, mira a definire gli assetti di mercato, conformandoli ai principi della concorrenza, dell'efficienza e del progresso tecnologico, rimediando a esternalità negative.

Se, dunque, la regolazione settoriale interviene *ex ante* a definire un quadro di regole ispirate al principio della concorrenza e compatibili con il mercato, l'intervento *antitrust* si colloca nella fase a valle, essendo volto a verificare *ex post* l'eventuale illiceità di comportamenti anticompetitivi, laddove le 'regole' lascino agli operatori margini di discrezionalità nella loro applicazione e non disciplinino fin nel minimo dettaglio le loro condotte.

Conformemente a tale impostazione, la Commissione europea ha espressamente affermato che l'applicabilità delle regole di concorrenza non è esclusa in tutti i casi in cui le disposizioni regolamentari lascino sussistere la possibilità per le imprese di adottare comportamenti autonomi atti a ostacolare, restringere o falsare la concorrenza, riconoscendo che talune fattispecie possono essere soggette sia alle regole di concorrenza sia alle misure nazionali o europee specifiche del settore, e confermando

così la sussistenza di un doppio controllo, *antitrust* e regolatorio (Decisione del 21 maggio 2003, COMP/37.451, 37.578, 37.579, *Deutsche Telekom*; nella medesima direzione muovono anche le decisioni del 4 luglio 2007, caso COMP/38.784, *Telefonica*, parr. 665 ss., del 22 giugno 2011, caso COMP/39.525, *Telekomunikacja Polska* parr. 119 ss.: in quest'ultima decisione, la Commissione, nel sanzionare per abuso di posizione dominante l'*incumbent* polacco, accusato di comportamenti configuranti un rifiuto all'accesso, ha riconosciuto che la propria competenza ad intervenire *ex art.* 102 del TFUE non è preclusa dall'esistenza di una complessa disciplina regolamentare e dalla presenza di un'Autorità di regolazione chiamata a vigilare sul suo rispetto).

Il principio dell'applicabilità delle regole di concorrenza in presenza di specifiche regolazioni settoriali ha ormai ricevuto il pieno avallo dalle Corti europee.

Come recentemente rilevato dal Tribunale di primo grado “*le norme in materia di concorrenza previste dal trattato CE completano, per effetto di un esercizio di controllo ex-post, il contesto normativo adottato dal legislatore dell'Unione ai fini della regolamentazione ex-ante dei mercati delle Telecomunicazioni*” (sentenza del 29 marzo 2012, causa T- 336/07, *Telefonica*, pt. 293).

Per la Corte di Giustizia, la presenza di un atto di approvazione o ratifica da parte del regolatore delle condotte investigate non impedisce in ogni caso all'Autorità di concorrenza di sindacare e condannare le medesime condotte. Ciò che rileva è, infatti, la prova della sussistenza di un margine di manovra in capo all'impresa soggetta a regolazione tale da consentirle di evitare o terminare autonomamente la condotta abusiva (sentenza del 14 ottobre 2010, causa C-280/08 *Deutsche Telekom*, pt. 77 ss.; sentenza del 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Telia Sonera*, pt. 47 ss.).

Nella medesima direzione si è mossa la giurisprudenza nazionale che ha ormai in più occasioni ribadito il principio in base al quale anche la presenza di una copiosa regolamentazione di settore, volta a definire *ex ante* e in modo puntuale le regole del gioco concorrenziale, non costituisce una ragione per ritenere che nei mercati regolamentati non possano trovare applicazione le regole *antitrust* (cfr., per tutte, Consiglio di Stato, sentenza del 10 marzo 2006, n. 1271, *Telecom*; recentemente Tar del Lazio, sentenza dell'8 maggio 2014, n. 4801, *Telecom*).

I principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale in tema di rapporti tra regolamentazione settoriale e applicazione delle regole della concorrenza possono essere inquadrati in un contesto più ampio, nel cui ambito ha trovato ormai pacifica affermazione il principio secondo il quale che il carattere illecito di un comportamento alla luce della disciplina *antitrust* non ha relazione con la sua conformità o meno ad altre norme giuridiche.

Nella giurisprudenza delle Corti europee, la sanzionabilità *antitrust* di condotte lecite per altri settori dell'ordinamento è stata affermata soprattutto con riferimento alle fattispecie abusive, in quanto “*gli abusi di posizione dominante consistono, nella maggioranza dei casi, in comportamenti peraltro legittimi alla luce di branche del diritto diverse dal diritto alla concorrenza*” (Tribunale di primo grado, sentenza del 1° luglio 2010, causa T-321/05, *Astrazeneca*, pt. 677, sul punto confermata da Corte di Giustizia, sentenza del 6 dicembre 2012, causa C-457/10 P, pt. 129 ss.).

In questo contesto, ciò che piuttosto rileva, al fine di integrare gli estremi di un illecito concorrenziale, è la presenza di un intento escludente, da accertare indiziariamente come un *quid pluris* che si aggiunge alla sommatoria di comportamenti altrimenti leciti. Non si tratta, quindi, di valutare la legittimità di atti alla luce dei vari settori dell'ordinamento investiti, ma di considerare quelle condotte, pur settorialmente lecite, alla luce della loro portata anticoncorrenziale. In tale prospettiva, certi comportamenti di impresa, anche se legittimi dal punto di vista settoriale, possono risultare integrare gli estremi di una fattispecie illecita ai sensi del diritto della concorrenza (nello stesso senso, nella giurisprudenza nazionale, Consiglio di Stato, sentenze dell'8 aprile 2014, n. 1673, *Coop* e del 12 febbraio 2014, n. 693, *Pfizer*).

4. Se regolazione e tutela della concorrenza sono complementari, resta da vedere – e qui siamo alla seconda delle questioni sopra formulate – se nell'applicare le norme a tutela della concorrenza si possa tenere conto di finalità diverse da quella di salvaguardare la competizione tra le imprese e il pluralismo economico. E quindi se qualcuno degli obiettivi stabiliti nel Trattato e sviluppati dalla regolazione possa essere preso in considerazione nell'applicazione del diritto della concorrenza.

In passato vi è stata qualche decisione che ha tenuto conto di obiettivi – diversi dalla salvaguardia della concorrenza – menzionati nei Trattati. Al riguardo basta citare la decisione Ford/Volkswagen del 1992, con la quale la Commissione europea esentò dal divieto un'intesa che l'Autorità *antitrust* tedesca intendeva vietare. In particolare, si trattava di una *Joint venture* costituita per la produzione di monovolume tra due delle principali imprese del mercato automobilistico europeo. L'Autorità tedesca valutava negativamente l'intesa sotto il profilo concorrenziale. La Commissione, invece, decise di autorizzare in via eccezionale l'accordo, perché “*il progetto costituisce il maggior investimento singolo estero mai effettuato in Portogallo. Si ritiene che esso porti, fra l'altro, alla creazione di circa 5.000 posti di lavoro e crei indirettamente fino a 10.000 posti di lavoro[...]. Il progetto contribuisce quindi alla promozione di uno sviluppo armonioso della Comunità e alla riduzione delle disparità regionali, il che costituisce una delle finalità fondamentali del trattato*”.

Analogamente in una decisione successiva (1994, nel caso Philips/Osram, la Commissione autorizzò una *joint venture* tra i principali costruttori europei di lampadine,

non solo per questioni di efficienza, ma anche sulla base delle conseguenze positive in termini di salvaguardia ambientale.

Da allora, però, la tutela della concorrenza nella prassi della Commissione e delle Autorità nazionali è sempre stata considerata come *self contained*, cioè come una politica affidata a forme di attuazione meramente tecnica con esclusione di forme di bilanciamento con altri interessi oggetto di differenti politiche europee. In questa prospettiva, la valutazione di un'intesa ai sensi del diritto della concorrenza andrà effettuata esclusivamente alla luce dei criteri stabiliti dall'art. 101 TFUE, ad esclusione di considerazioni attinenti ad altre politiche dell'Unione. Anche se non manca qualche minoritaria posizione dottrinale (di recente E. Cannizzaro), che prospettano la possibilità di impiegare anche in questo campo la tecnica del bilanciamento. In questa prospettiva, la mancata considerazione della concorrenza, da parte del Trattato di Lisbona, tra le finalità generali dell'Unione potrebbe avere l'effetto di accentuare la permeabilità delle politiche di concorrenza nei confronti di obiettivi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione.

5.- La regolazione persegue finalità pro-concorrenziali, ma insieme ad esse vi sono altri obiettivi perseguiti. Ed è qui che si annida un problema che attualmente attanaglia i regolatori europei e nazionali. Il conflitto che, in alcuni mercati regolati, esiste tra la finalità di aprire il mercato alla concorrenza e altre finalità della regolazione che, per effetto di dinamiche economiche non prese in considerazione dai regolatori, paralizzano gli effetti di liberalizzazioni e apertura del mercato.

Sotto questo profilo è emblematico quanto è avvenuto nel mercato dell'energia. In estrema sintesi, la politica di liberalizzazione è stata avviata a livello europeo negli anni novanta del secolo scorso con l'obiettivo di raggiungere un abbassamento dei prezzi, il loro livellamento in ambito europeo, una maggiore efficienza. In definitiva, crescita del benessere del consumatore e incremento della competitività. Questi obiettivi non sono stati ancora raggiunti.

La liberalizzazione del mercato dell'energia è stata avviata negli anni novanta del secolo scorso. Poco dopo, nel 2008, l'UE ha adottato il *Climate Change Package* (CPC), diretto a realizzare “un'economia efficiente a basso contenuto di carbonio”, con la fissazione del celebre obiettivo “20-20-20” da raggiungere entro il 2020 (riduzione delle emissioni di gas a effetto serra del 20%, portare l'energia prodotta da fonti rinnovabili al 20% di quella totale consumata, incrementare del 20% l'efficienza energetica). La regolazione europea, con i suoi obiettivi climatici, a livello nazionale si è tradotta in incentivi e sussidi a favore delle energie rinnovabili.

Questo sistema è entrato a regime quando scoppiava la crisi economica, determinando una situazione di sovrapproduzione di energia elettrica. Da una parte, c'è stata la caduta della domanda, dall'altra parte, c'è la produzione di energia da fonti rinnovabili che,

grazie ai sussidi, opera “*out of the market*” e, generalmente, ha la priorità nell’accesso alla rete. Poiché l’energia da fonte rinnovabile ha un costo marginale prossimo allo zero ed è sussidiata, i produttori sono incentivati a produrla anche in situazioni di sovrapproduzione. Tutto ciò porta a significative distorsioni nella dinamica dei prezzi all’ingrosso, che hanno subito cadute significative, sopportate dai produttori di fonti convenzionali. Queste ultime, peraltro, sono necessarie al sistema per esigenze di sicurezza e di bilanciamento. Nonostante gli andamenti decrescenti dei prezzi all’ingrosso dell’energia, nei mercati *retails* i prezzi sono aumentati, anche al netto della componente fiscale, a causa della crescita esponenziale della bolletta legata agli oneri generali di sistema tra cui rientrano le componenti regolatorie connesse agli incentivi pagati agli impianti a fonti rinnovabili. Tra il 2008 e il 2012 i prezzi sui maggiori mercati all’ingrosso di elettricità sono scesi tra il 35% e il 45% mentre i prezzi al dettaglio hanno registrato incrementi di quasi il 20%. Il paradosso è che i prezzi all’ingrosso crollano mentre i prezzi al consumo aumentano!

Molti impianti convenzionali, realizzati a seguito dell’apertura dei mercati per sfruttare le opportunità che sembravano derivare dalla liberalizzazione, non sono più remunerativi e mancano le risorse per finanziare gli investimenti necessari, anche quelli richiesti per passare ad un’economia con minori emissioni di CO₂. Numerosi operatori si trovano in notevoli difficoltà finanziarie, riducono la produzione e rischiano di chiudere gli impianti (negli ultimi cinque anni le dieci principali *Utilities* europee hanno quasi raddoppiato la loro posizione debitoria passando a circa 280 miliardi di euro).

Per rimediare a questa situazione è stato introdotto, in Italia e in qualche altro Paese, il *capacity payment*, ossia un pagamento effettuato agli impianti, anche se non producono, in ragione della loro capacità – eventuale – di sostenere il sistema, se necessario.

In conclusione, il benessere generale è pregiudicato perché ai miliardi che i consumatori devono pagare ogni anno per le rinnovabili si sono aggiunti quelli necessari per tenere in vita quegli stessi impianti che lavorano poco a causa dell’enorme sviluppo delle rinnovabili. La concorrenza è falsata dai numerosi sussidi e dalla crisi finanziaria di molti operatori. Naturalmente questo stato di cose, imputabile alla regolazione, non può essere risolto da nessuna Autorità *antitrust*, che interviene per sanzionare *ex post* gli illeciti anticoncorrenziali. Ma, di fronte alla gravità della situazione ci si trova ad un bivio: ricondurre la produzione e la distribuzione di energia entro una logica di mercato, in cui ricomprendere anche il grande tema della lotta al cambiamento climatico e del *mix* ottimale tra le varie fonti di energia, oppure insistere su forme di regolazione che fanno leva su sussidi e incentivi.

6.- La vicenda descritta evidenzia il rischio del fallimento della regolazione (dovuta ai conflitti non armonizzati esistenti nella regolazione europea e non certamente all’Autorità nazionale dell’energia che è una delle migliori in Europa). Su di essa fanno

leva i fautori della *deregulation*, che mettono insieme valutazioni empiriche sugli effetti indesiderati della regolazione, sulla cattura dei regolatori da parte dei regolati, sulle inefficienze da essa prodotte e considerazioni teoriche sulla capacità di autoregolazione dei mercati. In Italia questa prospettiva è stata recentemente rilanciata dal libro di Alberto Mingardi su *“L’intelligenza del denaro”*.

Scrivo Mingardi: *“Oggi, la presunzione fatale del regolatore – e anche quella dei poliziotti della concorrenza – è ancora la stessa del man of system di Smith. L’uomo con spirito di sistema, che immagina la società come una grande scacchiera e se stesso come un paziente ordinatore delle pedine, non può avere esperienza dei ‘diversi principi di moto’ che portano gli individui ad agire. Non ne conosce i desideri, i bisogni, le aspettative, le diverse circostanze sociali che li portano a muovere in una direzione o nell’altra [...]. Le motivazioni degli attori economici sono differenti. Ogni volta che si impone loro un disegno predeterminato, che li ingabbia in una scacchiera, si riduce la ricchezza delle interazioni sociali e si immerge la società nel più profondo disordine”*.

Se queste valutazioni dovrebbero indurre ad una maggiore umiltà i regolatori e ad evitare gli eccessi di regolazione, difficilmente però potranno cambiare radicalmente l’assetto dei mercati europei, perché l’ordinamento europeo si basa su regolazione e concorrenza e perché le giustificazioni sostanziali delle stesse difficilmente possono essere smentite. Semmai, il grande tema che si pone, è quello della dimensione della regolazione. Se la tutela della concorrenza ha una sicura dimensione europea – con le Autorità *antitrust* nazionali che operano all’interno di un *network* europeo, dialogando costantemente con la Commissione e applicano direttamente il diritto europeo – la frammentazione della regolazione secondo linee nazionali costituisce un grosso ostacolo allo sviluppo di quel mercato unico che, se pienamente realizzato, potrebbe essere uno dei principali modi per riprendere il sentiero della crescita economica.