

Prospettive della regolazione nei settori infrastrutturati

Relazione presentata al workshop “Concorrenza e regolazione – confini mobili”
organizzato dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato
in collaborazione con
Università di Roma ‘Tor Vergata’ – Master in antitrust e regolazione dei mercati

Autorità garante della concorrenza e del mercato

Roma 13 settembre 2010

I. - Introduzione

Il tema generale del ruolo della regolazione economica dei mercati e dei suoi rapporti con il diritto della concorrenza può essere rappresentato indicando le seguenti questioni sul tappeto²:

- “i) Is there a need for a ‘sectoral economic regulation’ distinct from common competition law?*
- ii) To what extent may sectoral regulation deviate from common competition law?*
- iii) For which purpose?*
- iv) How long?*
- v) Under which conditions?”*

E una volta che fosse stata data positiva risposta al primo dei quesiti, altre questioni si pongono:

- “i) The scope of the jurisdiction of the agencies;*
- ii) Their cooperation with antitrust law enforcement”.*

Alle quali aggiungerei le eventuali sovrapposizioni di competenze e i reciproci spiazzamenti fra gli organismi di regolazione e le autorità della concorrenza.

Ovviamente la nozione di regolazione dei mercati abbraccia una quantità enorme di fattispecie e di settori³ diversi, si fonda su un ampio spettro di motivazioni⁴, si propone obiettivi⁵ e utilizza strumenti quanto mai vari.

¹ Università di Roma ‘Tor Vergata’ (sebastiani@economia.uniroma2.it)

² Cfr. International Competition Network (ICN), *Antitrust Enforcement in Regulated Sectors – Interrelation between Antitrust and Regulatory Authorities*, 2004, p. 3.

³ “Sector specific regulations exist in a very large number of sectors such as: Advertising, Agriculture and Food Products, Air Transport, Airports, Animal shelters, Ambulance Services, Archeological Services, Banking, Beauty parlors, Collective Management of Copyrights, Electricity, Distribution of oil, Environmental Services (such as waste collection), Film production and distribution, Financial Services, Funeral Homes, Harbor Services, Health Services, Insurance, Liquefied Gas, the Match Industry, Maritime transport, Mining, Natural Gas, Newspapers, Media Services, Ports, Services, Pharmaceutical Industry and Retail, Professional Services (such as lawyers, accountants, architects, doctors, surgeons, dentists, engineers, surveyors etc...), Retail Distribution, Road and Rail Transport, Shipping, Taxis, Travel Agencies, Telecommunications, TV and Radio Broadcasting, Water distribution etc” (ICN, *Antitrust Enforcement in Regulated Sectors – Enforcement Experience in Regulated Sectors*, 2004, p. 2).

Restringendo il campo ai rapporti fra regolazione e concorrenza, schematicamente possiamo distinguere almeno due gruppi di fattispecie:

- a) la regolazione della concorrenza, che per definizione stessa del termine è potenzialmente restrittiva della “libera concorrenza” e che mira a disciplinare l’esercizio del diritto di iniziativa economica all’interno di un quadro di regole dirette a rendere coerente questo diritto con obiettivi di interesse generale (sicurezza, salute, qualità, informazione ai consumatori) fino a introdurre limitazioni alla libera concorrenza come mezzo per preservarne una “sana”, magari anche ponendola al riparo da spinte auto-distruttive, oppure come mezzo per garantire il raggiungimento di obiettivi di carattere sociale. Ad esempio, è vero che in presenza di economie di scala il mercato tende ad “auto-aggiustarsi” fino al caso estremo di monopolizzazione, quando queste siano tanto spinte da rientrare nei casi di monopolio naturale; tuttavia, lasciare che questo aggiustamento sia frutto di meccanismi di mercato potrebbe rivelarsi troppo costoso o troppo dilazionato nel tempo. Indipendentemente dal caso precedente, la proliferazione di concessionari moltiplicherebbe i costi di agenzia. Ancora, la necessità di provvedere compensazioni per servizi che il mercato non offrirebbe spontaneamente in quantità, qualità e prezzi coerenti con l’interesse generale può non giustificare di per sé limitazioni alla concorrenza nel mercato, posto che tali compensazioni (non necessariamente monetarie) non rendono inevitabile opporre barriere regolamentari all’entrata; tuttavia limitazioni della concorrenza nel mercato hanno piuttosto a che fare, in questo caso, con motivi di efficacia rispetto agli obiettivi e di efficienza in termini di costi per la collettività (si pensi ai fenomeni di *cream skimming*).
- b) la regolazione che, all’opposto, si prefigge obiettivi pro-concorrenziali, imponendo ex ante regole dirette a scongiurare che la conservazione di storiche posizioni dominanti si traduca in abusi di esclusione o in abusi di sfruttamento.

E’ ormai largamente condiviso che la (iper)-regolazione dei mercati - spesso traducendosi in barriere normative all’entrata di nuovi operatori oppure in vincoli al loro operare - e comunque in oneri amministrativi e in perdita di efficienza - può avere impatto negativo sulla concorrenza⁶. Del resto liberalizzazioni e deregolamentazione sono considerate due

⁴ Le ragioni a base della regolazione possono essere suddivise in due tipologie. Quella relativa ai fallimenti del mercato, ossia alla incapacità pratica di questo di raggiungere gli obiettivi che tradizionalmente si ritiene gli siano “propri”: esternalità, debolezza (temporanea o strutturale) della concorrenza, incompletezza dei mercati, beni pubblici, problemi di agenzia, asimmetrie informative, distruttività della concorrenza, ecc. [cfr. ad esempio, Commissione europea, *Impact Assessment Guidelines* [SEC(2009)92], p. 21 e Annex III, pp. 19-21]. E quella relativa ai “limiti” del mercato, vale a dire, a obiettivi socialmente utili che il mercato non persegue poiché estranei alla sua logica: obiettivi di solidarietà sociale, di coesione territoriale, di accessibilità, ecc.; così come quelli che si pongono in un orizzonte temporale che sopravanza quello preso in considerazione anche dai più lungimiranti operatori privati (è il caso, ad esempio, delle risorse naturali, delle quali i mercati fissano prezzi che nella migliore delle ipotesi riflettono le sole scarsità attuali).

⁵ “The goals of sectoral regulations differ considerably from sector to sector. In telecommunication, electricity, gas, and rail transport, one goal of sectoral regulation is usually to open these sectors to competition. In other sectors, such as professional services, health services or environmental waste services, the goal of regulation is often to limit competition because of some perceived market failure. Finally, in some sectors the goal of the sectoral regulation is, at least in principle, not to promote or to restrain competition but rather to pursue some other social goal (for example to protect consumers against fraud or dangerous products as in the food industry or to ensure consumers that supplied services satisfy a minimum quality standard as in the professions)” (ICC Antitrust enforcement in regulated industries – Enforcement Experience in Regulated Sectors, p. 3).

⁶ A mero titolo di esempio: “Regulatory costs and risks affect the performance of the existing business by increasing production costs, the cost of capital, the value of assets, and the opportunity to open businesses. Decisions by

facce della stessa medaglia. Delle potenziali criticità non è scevra nemmeno la regolazione che si pone obiettivi pro-concorrenziali e alla quale viene riconosciuta la finalità di promuovere la transizione verso la propria auto-eliminazione, nel frattempo simulando le condizioni dei mercati contendibili: pro-tempore, poiché interventi inutilmente prolungati nel tempo o inutilmente intrusivi potrebbero tradursi in camicia di forza dello sviluppo della concorrenza o comunque in oneri e perdite di efficienza non proporzionati agli obiettivi ancora da raggiungere.

II.- I settori infrastrutturati e la questione dell'accesso fra regolazione antitrust

1.- Terreno di elezione della regolamentazione pro-concorrenziale è quello dei servizi storicamente offerti da monopolisti pubblici. Fra questi importanza centrale rivestono quelli che utilizzano come input le infrastrutture, l'impossibilità di accedere alle quali costituisce barriera alla concorrenza sui mercati finali.

Si tratta di mercati composti da un segmento *upstream*, quello degli input infrastrutturali, e da uno *downstream*, dei servizi finali. I processi di liberalizzazione hanno progressivamente abbattuto le barriere *downstream*, ciò che ha consentito il progressivo arretramento della regolazione *ex ante*, la cui finalità era di evitare che il potere di mercato degli ex monopolisti si convertisse in comportamenti escludenti. Non sempre la rinuncia alla regolazione *ex ante*, che peraltro permane in alcuni segmenti di mercato dove si ritiene che gli ex monopolisti mantengano ancora un significativo potere di mercato, è stata conseguenza di norme comunitarie o di analisi di mercato approfondite e condotte in modo trasparente⁷; ma insomma, la concreta prospettiva dell'affermarsi di una concorrenza effettiva o della contendibilità del mercato sono tali da suffragare la tesi della temporaneità della regolazione di questi mercati e del loro rientro a tutti gli effetti sotto le forche caudine della sola normativa generale sulla concorrenza.

Più controverso è, oggi, mantenimento della regolazione *ex ante* delle infrastrutture – ossia del diritto di accesso e delle condizioni praticate – e la sua sorte a lungo andare. E' una controversia probabilmente destinata a crescere con il progresso della liberalizzazione dei mercati a valle.

L'esigenza di garantire l'accesso all'uso delle infrastrutture è il fulcro della *essential facilities doctrine* (EFD), dalla quale deriva l'obbligo a contrarre. L'EFD non esaurisce il problema del legittimità o meno del *refusal to deal* ma ha contribuito nel tempo alla elaborazione dottrinarie e all'*enforcement*, tentando di codificare le condizioni per le quali il rifiuto opposto può essere considerato abuso di posizione dominante.

businesses not to seize market opportunities due to regulatory barriers are the efficiency costs of regulation, and are much larger than pure direct administrative costs" (OECD, *Better Regulation to Strengthen Market Dynamics – Italy*, 2009, p. 52). Cfr. anche il più recente OECD, *Reviews of the Regulatory Reform - Regulatory Impact Analysis, a Tool for Political Coherence*, 2009.

⁷ Si veda ad esempio la tacita deregolamentazione dei prezzi del trasporto ferroviario a media e lunga percorrenza.

Le origini della nozione di *essential facilities* (EF) sono lontane, scaturiscono dal diritto della concorrenza, dalla giurisprudenza delle corti e delle autorità della concorrenza⁸. Tuttavia una vera e propria sistematizzazione delle condizioni che identificano un asset come *essential facility* non è mai stata codificata o comunque generalmente accettata. Solo una sparuta minoranza delle normative nazionali della concorrenza definiscono espressamente il concetto, sebbene la larga maggioranza di esse lo considerino come condizione che determina l'illegittimità del rifiuto a contrarre⁹.

Va aggiunto che la questione del rifiuto a contrarre è stata in larghissima prevalenza affrontata in funzione degli abusi di esclusione, per gli intenti o effetti di monopolizzazione dei mercati a valle da parte di imprese verticalmente integrate. Questa sorta di strabismo è per più versi giustificata: (i) il grosso dei processi di liberalizzazione deriva dallo smantellamento di monopoli verticalmente integrati e dall'accesso a diritti di proprietà intellettuale; (ii) il *vulnus* di *foreclosure* è massimo¹⁰; (iii) gli abusi di esclusione, nella modalità che frequentemente prendono di *constructive refusal* (discriminazioni di prezzo, sussidi incrociati e pratiche di *margin squeeze* dei concorrenti), non di rado contengono in sé anche abusi di sfruttamento (quanto meno come subordinata: se la finalità escludente non è efficace, il monopolista ricava comunque un vantaggio a scapito dei concorrenti).

Tuttavia l'impatto del *refusal to deal* è potenzialmente più ampio, nel senso che è applicabile anche a imprese che operano solo sul mercato *upstream* ma che possono commettere abusi di sfruttamento o discriminazioni a valle. Infatti l'imposizione di obblighi regolamentari all'accesso non si esaurisce con le imprese verticalmente integrate¹¹ né l'*unbundling* proprietario comporta necessariamente la deregolamentazione dei prezzi di accesso alle infrastrutture¹². In altre parole, la non integrazione verticale non fa venir meno il carattere essenziale di una *facility* e il potenziale di abusi da parte di chi la detiene – semplicemente li rende meno probabili. La questione andrebbe dunque affrontata caso per caso e su di essa si tornerà nell'ultima sezione.

⁸ La base legale della dottrina delle *essential facilities* è la sezione 1 dello Sherman Act, nel diritto antitrust degli Stati Uniti, e negli artt. 81-82 del Trattato CE. Le prime implicite applicazioni risalgono, in USA, alla sentenza Terminal Railroad del 1912, mentre l'esplicita formulazione di essa è del 1977 (*Sentenza Hetch vs. Pro Football Inc.*) [(“*where facilities cannot practicably be duplicated by would-be competitors, those in possession of them must allow them to be shared on fair terms. It is illegal restraint of trade to foreclose the scarce facility*”)]. In Europa classico è ormai il riferimento alle prime Decisioni della Commissione B&I/Sealink dell'11.06.92, 94/19/CE del 21.12.1993 (*Sea Containers/Stena Sealink*), 90/119/CE del 21.12.1003 (*Port of Rodby*) e alle Sentenze della ECJ: RTE, 06.04.1995 (joint cases C-241/242/91 P) e O.Bronner, 26.22.1998 (case C-7/97).

⁹ ICN, *Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Law*, April 2010, p. 10.

¹⁰ Così la Commissione europea, *Comunicazione della Commissione – Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del tratto CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti* (2009/C 45/02): “In genere insorgono problemi di concorrenza quando l'impresa dominante compete sul mercato «a valle» con l'acquirente che si rifiuta di rifornire” (par. 76).

¹¹ “[...] *refusals to deal can neither be assumed to be invariably motivated by anti-competitive aims [...]. This is particularly true when the bottleneck monopolist is not competing for the supply of goods or services in the downstream market and, therefore, has no apparent incentive to limit access to the facility. In this case, anti-competitive behaviour may be the result of collusion between the bottleneck monopolist and some (or all) the users of the facility. For instance, the monopolist may have an incentive to deny access to a potential new entrant in the downstream market and share rents with incumbents when these, but not the new entrant, are in a position to duplicate the facility*” AGCM, Rapporto in OECD, *The Essential Facility Concept*, 1996 [OECD-GD(96)113], p. 94.

¹² Si veda ad esempio la regolamentazione delle tariffe aeroportuale e di quelle autostradali.

2.- Le questioni più dibattute in materia di *essential facilities* sono sostanzialmente le seguenti (che, come si vede, “matchano” quelle dei rapporti fra regolazione e antitrust indicate dall’ICN):

- a) le condizioni, oggettive e soggettive, che debbono sussistere affinché il *refusal to deal* possa configurarsi come abuso (l’“identificazione” di una *facility* come essenziale);
- b) i *pros* e *cons* concorrenziali dell’imposizione del diritto di accesso, specie alla luce di un possibile trade off fra breve e lungo periodo;
- c) posto che l’obiettivo è la promozione e la tutela della concorrenza, a chi spetta l’*enforcement*:
 - (i) al diritto antitrust (in Europa ex art. 82 del Trattato CE) e dunque alle autorità e corti nazionali o comunitarie, oppure
 - (ii) a regolamentazioni amministrative settoriali e dunque agli organismi di regolazione;
 - (iii) a entrambi e, in questo caso
 - (iv) se ciò determina un’interazione virtuosa oppure sovrapposizioni di norme e competenze, conflitti di attribuzione, spiazzamento del diritto antitrust, inerzia;
 - (v) l’efficacia relativa in termini pro-concorrenziali dell’azione delle autorità di regolazione e di quelle della concorrenza;
- d) il dinamismo dei mercati e dunque il cambiamento delle condizioni di essenzialità delle *facilities* con il progresso dei processi di liberalizzazione;
- e) alla luce del punto precedente, il carattere temporaneo oppure permanente della regolazione ex ante dell’accesso;
- f) infine, quale regolazione nel contesto evolutivo della concorrenza e l’applicazione ad essa di strumenti flessibili e sofisticati, quale l’analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza.

In quanto segue si seguirà il filo logico delineato qui sopra.

3.- L’identificazione di una *facility* come essenziale è questione complessa, soggetta a interpretazioni variabili nel tempo e a seconda delle legislazioni, comunque da risolvere applicando caso per caso criteri generali e possibilmente elastici. Della complessità del concetto – e del suo radicamento nel diritto della concorrenza – è specchio la seguente “definizione” della Commissione europea: “*Determining what are essential facilities is a question of estimating the extent of the handicap to competitors, and whether it would be permanent or merely temporary. There are no specific legal rules to resolve these cases; it requires application of basic principles of antitrust economics. The duty to provide access to a facility arises if the effect of the refusal to supply on competition is objectively serious enough: if without access there is, in practice, an insuperable barrier to entry for competitors of the dominant company, or if without access competitors would be subject to a serious, permanent and inescapable competitive handicap which would make their activities uneconomic. Hence, access to a facility is “essential” when refusal to supply would exclude all or most competitors from the market*”¹³.

¹³ Rapporto della Commissione europea in OECD, *The Essential Facility Concept*, 1996 [OECD-GD(96)113], p. 94 (enfasi nel testo originale).

La definizione citata sopra è alquanto estensiva, posto che se il criterio di valutazione è il danno alla concorrenza, rientrano potenzialmente fra le *essential facilities* non solo le infrastrutture, le reti di servizi, i diritti di proprietà intellettuale, ecc., come dimostra la vastissima giurisprudenza, comunitaria e non, al riguardo.

Pur nella mancanza di sistematicità, la condizione di essenzialità implica il congiunto sussistere di condizioni “oggettive” e di altre “soggettive”. Le prime, la non sostituibilità a breve e la non duplicabilità più in là nel tempo e, come conseguenza, un sostanziale danno alla concorrenza sul mercato a valle a causa del rifiuto a contrarre¹⁴: “a valle”, indipendentemente se l’impresa che oppone il rifiuto è opera anche in esso. Quanto alle seconde, a rendere illegittimo il rifiuto a contrarre debbono concorrere ulteriori condizioni, più o meno stringenti a seconda delle legislazioni (l’assenza di “*valid/legittimate business reasons*”, di “*acceptable commercial grounds*”, ecc.).

Secondo la Commissione europea, in linea di principio l’obbligo a contrarre da parte di un operatore verticalmente integrato va imposto ai sensi dell’art. 82 quando ricorrono le seguenti condizioni¹⁵:

- (i) “la fornitura del fattore [...] è obiettivamente necessario per poter competere in maniera effettiva su un mercato a valle”. Con la specificazione che “Un fattore di produzione è indispensabile quando non esiste un succedaneo effettivo o potenziale sul quale i concorrenti nel mercato a valle potrebbero contare in modo da contrastare — almeno a lungo termine — le conseguenze negative del rifiuto. In questo senso, la Commissione valuterà di norma se i concorrenti potrebbero duplicare in maniera effettiva il fattore di produzione prodotto dall’impresa dominante in un futuro prossimo. Per duplicazione si intende la creazione di una fonte alternativa di fornitura efficiente che possa permettere ai concorrenti di esercitare una pressione concorrenziale sull’impresa dominante nel mercato a valle”.
- (ii) il ricorrere delle condizioni indicate sopra comporta la presunzione che il rifiuto a contrarre “sia generalmente atto a eliminare, immediatamente o nel tempo, la concorrenza effettiva nel mercato a valle”, presunzione avvalorata dal possesso, da parte del monopolista *upstream*, di un significativo potere di mercato anche sul mercato a valle;
- (iii) infine la probabilità che il rifiuto determini un danno per i consumatori, valutando “se per i consumatori le probabili conseguenze negative di tale rifiuto sul mercato rilevante superano nel tempo le conseguenze negative dell’imposizione di un obbligo di fornitura”.

Da notare come la condizione (iii) sopra implichi che la condotta dell’impresa che oppone il rifiuto sia valutata attraverso un’analisi di impatto inter-temporale sul benessere dei consumatori.

¹⁴ Il rifiuto a contrarre può assumere più forme: *unconditional* (rifiuto “secco” a contrarre), *conditional* (condizionato a limitazioni, *tying*, accordi esclusivi, ecc.), *constructive* (offerta a condizioni irragionevoli o non eque, in termini di prezzi (con conseguente *margin squeeze*), tempi, ecc.) (Cfr. ad esempio, Commissione europea, Comunicazione (2009/C 45/02), cit., par. 78-80)

¹⁵ Commissione europea, Comunicazione (2009/C 45/02), cit., par. 83-86 (enfasi aggiunta).

Le condizioni sopra possono non essere sufficienti se il rifiuto a contrarre è giustificato ad esempio dalla non divisibilità tecnica della facility, da scarsità di capacità¹⁶, dall'aderenza a normali pratiche di affari (ad esempio, l'affidabilità del richiedente), da considerazioni di efficienza, ecc. Il rifiuto a contrarre deve essere tuttavia basato su elementi dimostrabili e sull'esistenza di un chiaro nesso causale¹⁷.

In materia di condizioni soggettive, può pesare anche la storia dell'impresa. Così, l'orientamento della Commissione è che la condotta anticoncorrenziale può sussistere, anche in assenza delle condizioni indicate sopra “[...] *quando la posizione sul mercato a monte dell'impresa dominante si è sviluppata grazie a diritti speciali o esclusivi o è stata finanziata mediante risorse statali*”¹⁸. Questo punto è espressamente ricondotto anche alla presunzione che in questi casi l'imposizione di obblighi regolamentari possa avere minore impatto negativo sull'incentivo ad investire. In realtà, ancorché non espressa in quella occasione, la *ratio* dovrebbe consistere del riequilibrio di condizioni fra nuovi operatori e quello che a lungo ha goduto della protezione statale.

L'obbligatorietà dell'accesso dovrebbe basarsi anche sull'assenza di alternative meno anticoncorrenziali (“*Only when the pro-competitive effects outweigh the anticompetitive effects can the justification be accepted*”): come nota l'ICN, solo una sparuta minoranza delle autorità della concorrenza sembra ricorrere a questa valutazione di impatto¹⁹ che, è da pensare, andrebbe condotta in un'ottica di medio/lungo periodo.

L'esistenza di obblighi di servizio pubblico può invece costituire senz'altro una valida ragione per razionare l'accesso a favore di chi ne è gravato. Ciò scaturisce tuttavia da una scelta del regolatore sul mercato a valle, “traslata” su quello a monte dei servizi infrastrutturali; la discriminazione è a danno di operatori che non sono concorrenti dell'impresa incaricata di obblighi di servizio pubblico, posto che questa agisce in regime di riserva²⁰.

E' stato argomentato che l'EFD è stata estensivamente applicata nelle sedi comunitarie, talvolta traducendosi in una “*convenient facilities doctrine*”²¹, con l'imporre l'accesso anche

¹⁶ La massima parte dei servizi a rete è caratterizzata da picchi di domanda: il traffico (ferroviario, aereo, stradale) si addensa in particolari fasce orarie, giorni, stagioni; lo stesso vale per la domanda di energia elettrica, di gas, di telefonia, di servizi postali, ecc. Ne segue che se le infrastrutture sono dimensionate per soddisfare pienamente i picchi di domanda, resterebbero sotto-utilizzate nei momenti di domanda debole, con conseguente dispendio di risorse e costi elevati accollati agli utenti. Di conseguenza, un certo grado di congestione delle infrastrutture può essere fisiologico e positivo (è raccomandato dalla Commissione europea), nei casi nei quali il razionamento dell'offerta e il fenomeno delle code siano socialmente sostenibili (è il caso dei trasporti). In altri casi la crescita dell'offerta non sempre tiene dietro quella della domanda: non sempre per ragioni oggettive ma anche per l'interesse dell'impresa che le controlla ostacolare lo sviluppo dei concorrenti sui mercati a valle. Ne segue che la congestione non può in linea di principio costituire un motivo valido per rifiutare l'accesso a terzi; che la condivisione con nuovi operatori in una certa misura uò inevitabilmente spiazzare l'ex monopolista, che potrà essere costretto a ridurre il proprio uso dell'infrastruttura (e con esso la propria attività sul mercato a valle) per permettere l'accesso ai concorrenti.

¹⁷ Cfr. ICN, *Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Law*, cit., p. 33.

¹⁸ “*In tali casi specifici la Commissione non ha motivo di discostarsi dai normali criteri dell'attuazione coercitiva delle norme e può dimostrare la potenziale preclusione anticoncorrenziale prescindendo dalla sussistenza delle tre condizioni di cui al punto 81*” (Commissione europea, Comunicazione (2009/C 45/02), cit., par. 82).

¹⁹ ICN, *Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Law*, cit., p. 33.

²⁰ E' il caso dei servizi di trasporto locale e regionale, dei servizi aerei in regime di obblighi di servizio pubblico, ecc.

²¹ Cfr. D.Ridyard, *Compulsory Access Under EC Competition Law – A New Doctrine of “Convenient Facilities” and the Case for Price Regulation*. E.C.L.R., 2004.

quando questo non era strettamente indispensabile. Ciò è forse in parte da ascrivere alla storica pervasività dei monopoli pubblici e alle tenaci resistenze dei governi di fronte ai processi di liberalizzazione, così come alla convinzione della “*speciale responsabilità*” dell’impresa dominante rispetto ai suoi concorrenti²²: responsabilità tanto maggiore se questa è monopolista sul mercato *upstream* e dominante su quello a valle.

L’impostazione garantista della Unione è rafforzata: (i) sotto il profilo normativo, dalla cosiddetta “modernizzazione” del diritto della concorrenza, in forza della quale la disciplina comunitaria rappresenta solo una sorta di *level playing field* sopra il quale le legislazioni nazionali possono costruire norme più rigorose²³; (ii) sotto il profilo procedurale, dall’inversione dell’onere della prova dell’eventuale abuso; mentre nel diritto della concorrenza, infatti, sono le imprese danneggiate e le autorità della concorrenza a dover provare l’abuso, nel caso in questione spetta all’impresa dominante giustificare la sottrazione all’obbligo di fornitura²⁴.

4.- Sotto il profilo delle considerazioni di efficienza a base del rifiuto, anticipate prima, riveste particolare importanza l’impatto sull’incentivo ad investire sul mercato *upstream*, sia da parte del monopolista che da parte dei suoi concorrenti sui mercati a valle. E dunque sullo sviluppo dei mercati, della concorrenza a lungo andare e della competitività.

La questione, inclusa quella del trade off fra concorrenza a breve e a lungo andare, è ben delineata dall’AGCM nel citato Rapporto OECD sulle *essential facilities* (p. 59) “*Although there are cases in which a refusal to deal by a bottleneck monopolist may be an anticompetitive practice harming consumers, any proposal to mandate access to an essential facility should be weighed against the implied distortions to the firms' incentives to invest and innovate. A basic element of these incentives in a well-functioning market economy is the full disposal of one's assets at each point in time, including the right to deal with whom one pleases. Consistent departures from this institutional context, such as those resulting from imposing a systematic obligation to deal on owners of essential facilities, may lead to serious inefficiencies and welfare losses in the long-run, even though mandating access may have been motivated by the wish to enhance competition and benefit consumers in the short run*”.

Dello stesso avviso la Commissione: “*L'esistenza di un tale obbligo — anche contro un'equa remunerazione — può compromettere gli incentivi delle imprese ad investire ed innovare e quindi eventualmente danneggiare i consumatori. La consapevolezza di poter essere obbligate a effettuare forniture contro la loro volontà può far sì che le imprese dominanti — o le imprese che prevedono di diventare dominanti — non investano, o investano meno, nell'attività in questione. I concorrenti possono inoltre essere tentati di*

²² “A finding that an undertaking has a dominant position is not in itself a recrimination but simply means that, irrespective of the reasons for which it has such a position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market” [Corte di Giustizia, Caso 322/81 (*Michelin vs. Commission*), par. 10].

²³ Regolamento CE 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, art. 3, comma 2: “Il presente regolamento non impedisce agli Stati membri di adottare e applicare nel loro territorio norme nazionali più rigorose che vietino o sanzionino le condotte unilaterali delle imprese”.

²⁴ Cfr. Commissione europea, Comunicazione (2009/C 45/02), cit., par. 90.

sfruttare opportunisticamente gli investimenti fatti dall'impresa dominante (attuando il cosiddetto «free-riding») anziché investire. Nessuna di queste conseguenze sarebbe a lungo termine nell'interesse dei consumatori»²⁵.

La questione indubbiamente è rilevante. Bisognerebbe al riguardo distinguere almeno due casi: quello in cui è da ritenere che la non duplicabilità delle infrastrutture sia permanente (non tanto per ragioni legate alla subadditività dei costi industriali - con l'espansione dei mercati, prima o poi si esauriscono le economie di scala - ma a quella dei costi esterni) e quello in cui invece questa può considerarsi temporanea e venir meno con lo sviluppo dei mercati e con il progresso tecnologico.

Nel primo caso l'incentivo ad investire nelle infrastrutture deve provenire da un'adeguata remunerazione del capitale investito direttamente in esse, non di quello investito sul mercato a valle. Non può essere utilizzata come giustificazione di *forclosure* il fatto che l'ex monopolista abbia investito ingenti risorse nello sviluppo della propria infrastruttura attendendosi di recuperarne il costo attraverso l'uso in esclusiva, poiché se il prezzo di accesso fissato dal regolatore è sufficientemente remunerativo, il ritorno dell'investimento è garantito, chiunque utilizzi l'infrastruttura. Costituirebbe invece un obiettivo disincentivo a investire l'esistenza di regole che attribuiscono all'impresa verticalmente integrata una sorta di *grandfather right* nell'accesso alla infrastruttura, eventualmente giustificato da contratti di fornitura *take or pay*²⁶, con conseguente spiazzamento dei concorrenti in caso di scarsità di capacità.

Resta il caso dell'ex monopolista che abbia realizzato consistenti investimenti anche sul mercato a valle nell'assunzione di poterlo rifornire per tutta la capacità che la sua rete gli avrebbe permesso. Una certa dose di rischio regolatorio e fisiologica e va messa in conto, tanto più che prima di essere realizzati i processi di liberalizzazione sono stati a lungo annunciati; e tanto più che gli attuali incumbents sono quasi invariabilmente ex monopolisti pubblici che hanno goduto di diritti esclusivi e, di regola, di finanziamenti statali. La questione tuttavia ha la sua presa allorché l'ex monopolista sia stato privatizzato senza un quadro definito dei processi prospettici di liberalizzazione e del conseguente contesto regolatorio che gli sarebbe stati imposto. Non può essere certo risolta con la conservazione del monopolio a valle, ma con l'eventuale riconoscimento di un indennizzo da computare sui prezzi di accesso, ispirato al criterio della c.d. *efficient component price rule*²⁷. In questo caso l'impatto concorrenziale e sul benessere dei consumatori andrebbe però valutato con attenzione, per i possibili effetti di doppia marginalizzazione a danno dei consumatori o di *price squeeze* dei concorrenti

²⁵ Commissione europea, Comunicazione (2009/C 44/02), cit., par. 75. Di simile tenore la Corte Suprema USA: *"Compelling such firms to share the source of their advantage is in some tension with the underlying purpose of antitrust law, since it may lessen the incentive for the monopolist, the rival, or both to invest in those economically beneficial facilities"* (Corte Suprema degli SU, *Verizon Communications v. Trinko - Opinion of the Court*, 2004, p. 8).

²⁶ Caso noto è quello relativo ai contratti di importazione del gas naturale. Caso a sé è quello in cui il finanziamento di una infrastruttura sia garantito da contratti *take or pay*, vale a dire, da un operatore che ne "prenoti" una quota rilevante di capacità, obbligandosi a pagare il corrispettivo anche in caso di non utilizzo. Questa fattispecie, concepita per la rete ferroviaria AV in passato, non è oggi più attuale essendo stata considerata illegittima dall'UE.

²⁷ W.Baumol & G.Sidak, *Toward Competition in Local Telephony*, MIT Press, 1994.

5.- Se dunque il rifiuto a contrarre – in quanto espressione di intento di monopolizzazione del mercato o comunque di abuso di posizione dominante – inquadra l'EFD nel generale ambito del diritto della concorrenza, si tratta ora di esaminare le implicazioni in presenza di settori regolamentati e dunque, anche, le relazioni fra regolazione e antitrust.

Nelle legislazioni, europee e non, si è larghissimamente convenuto che negli *early stages* delle liberalizzazioni la regolazione ex ante fosse uno fondamentale essenziale per la transizione da assetti monopolistici verso condizioni concorrenziali. E che l'azione degli organismi di regolazione fosse complementare a quella delle autorità della concorrenza²⁸.

Nella Comunità europea l'obbligo di accesso alle infrastrutture è stato la base della produzione normativa diretta alla deregolamentazione dei tradizionali monopoli naturali: il pacchetto del 2002 relativo alle telecomunicazioni, quello del 2003 concernente le reti di trasmissione, trasporto e distribuzione dell'elettricità e del gas, le direttive relative all'accesso alla rete ferroviaria (a partire dalla 91/440/CE), i tre pacchetti di liberalizzazione del trasporto aereo del 1992, ecc. Oltre all'obbligo di accesso, le direttive sanciscono anche principi basilari relativi a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie, non sempre in modo espresso l'obbligo di orientamento al costo, lasciando poi agli Stati membri le modalità concrete di determinazione dei prezzi di accesso.

Vi è stata in certi casi gradualità nell'imposizione dell'obbligo di accesso, in parte per cause di natura tecnica in parte per le resistenze degli Stati: emblematica al riguardo la gradualità della liberalizzazione del trasporto ferroviario. Inoltre lo strumento normativo prevalente è stato quello delle direttive, sì da lasciare agli Stati membri una relativa flessibilità nelle modalità di implementazione, specie quanto alla declinazione del criterio di orientamento al costo dei prezzi di accesso.

Sebbene l'*enforcement* potesse teoricamente essere lasciato al solo diritto antitrust, si è generalmente ritenuto opportuno che questo fosse sorretto dall'imposizione di specifici obblighi regolamentari da parte dei Governi o di agenzie/autorità di carattere settoriale.

Resta che sta alla base del concetto stesso di regolazione pro-concorrenziale che l'applicazione del diritto antitrust non solo prevale ma “precede” la regolamentazione, la quale assume per certi versi un ruolo residuale, quello di coprire i “fallimenti” del diritto della concorrenza. Questo punto è reso evidente, ad esempio, nelle Raccomandazioni della Commissione sui mercati rilevanti nelle comunicazioni elettroniche, dove l'assoggettamento a regolazione ex ante è subordinata alla verifica - e sussiste fintanto - che “*il solo diritto della concorrenza non sarebbe di per sé sufficiente a rimediare ai fallimenti del mercato*”²⁹.

²⁸ La Commissione europea enfatizza che la regolazione pro-concorrenziale è parte integrante della politica della concorrenza: “*Since regulation has been increasingly determined by a competition policy perspective, using both regulatory and competition tools cannot be seen as inconsistent. Competition instruments and regulatory tools are complementary means. They deal with a common problem and try to achieve a common aim. The problem is high level of market power and the likelihood of it being abused [...]. In short, within the EU, competition has already been shaping regulation: it is the latter which has been adapting itself to suit the philosophy and the approach of the former. Regulatory policy cannot be seen any more as independent of competition policy: it must be seen as a part of a broader set of tools of intervention in the economy based on competition principles of analysis*”.

²⁹ Commissione europea, Raccomandazioni 2003/311/CE e 2007/879/CE, par. 5 e 9, rispettivamente.

La complementarietà è largamente condivisa, almeno con riferimento alle fasi iniziali, anche dalla autorità della concorrenza: *“There are instances where a regulator and a competition authority pursue the same objective. For example in terms of providing access to an essential facility, where the objective of a regulator and that of a competition authority are very similar, and antitrust policy would intervene only ex-post sanctioning exclusionary practices while a regulator would also intervene ex-ante, directly establishing the maximum access price for the regulated company. The two prices would not be necessarily the same, since the objectives pursued are not necessarily exactly the same”*³⁰. Infatti: [...] a case in which the sectoral regulation can be a useful complement to competition law enforcement concerns situations where the sectoral regulator has more operational tools at its disposal to eliminate broadly anticompetitive practices than the competition authority. Regulation may, for example, facilitate the treatment of oligopolistic industries where firms can collectively limit competition without entering formal agreements, prevent dominant firms from cross subsidizing their competitive activities with the profits from their monopolistic activities and activities open to competition or set interconnection prices or conditions for essential facilities [...]. None of these cases has resulted in formal action under the Competition Act. An important contributing factor has been regulation of the essential facilities in order to prevent cross-subsidization, the sale of goods and services below fair market value or another measure and regulatory constraints or codes of conduct on the sharing of information with competitors. In these cases, regulation has not only been largely consistent with competition law but has often applied a more stringent competitive effects test than might apply under competition law³¹.

In effetti vi sono amplissime ragioni per ritenere necessario, almeno in uno stadio precoce delle liberalizzazioni, un intervento della regolazione ex ante:

- (i) la minore possibilità per le corti e per le autorità della concorrenza di trovare un equilibrio fra obiettivi politici diversi (che è, se vogliamo, l'altra faccia della medaglia della loro maggiore indipendenza dai governi);
- (ii) le autorità o corti della concorrenza giudicano caso per caso, ciò che è suscettibile di determinare incertezza e diversità di trattamento;
- (iii) la lentezza e la debolezza comparativa degli effetti, posto che gli organismi della concorrenza agiscono indirettamente, quelli di regolazione in via diretta³²;
- (iv) la maggiore sistematicità e tempestività che caratterizza l'azione dei regolatori settoriali, i quali possiedono maggiore conoscenza e polso delle caratteristiche del mercato, così da essere più in grado di assumere scelte caratterizzate da uniformità di trattamento dei soggetti regolati, anche in relazione alle *practices* internazionali;
- (v) la minore di risorse, anche professionali, degli organismi della concorrenza per assumere decisioni tempestive e, se necessario, per fare “fine tuning”;

³⁰ ICN, *Antitrust Enforcement in Regulated Sectors – Interrelation between Antitrust and Regulatory Authorities*, 2004, pp. 7-8; cfr. anche ICN, *Antitrust enforcement in regulated industries – Enforcement Experience in Regulated Sectors*, 2004 pp. 4-5.

³¹ ICN, *Antitrust enforcement in regulated industries – Enforcement Experience in Regulated Sectors*, 2004 pp. 11-12 (enfasi nel testo originale)..

³² “The major difference between regulation and antitrust is that regulator address the question of market power directly [...], while antitrust authorities only indirectly [...]. Under an antitrust statute monopoly profits are generally addressed by enhancing competition, while a regulator would directly intervene, reducing monopoly profits” (ICN, *Antitrust Enforcement in Regulated Sectors – Interrelation between Antitrust and Regulatory Authorities*, cit., p. 7).

- (vi) spesso la maggiore incisività dell'azione dei regolatori; si pensi alla regolazione dei prezzi, dove essi intervengono per imporre il rispetto del principio, seppure variamente declinabile, di orientamento al costo, mentre le autorità della concorrenza possono intervenire (inevitabilmente con un "ex post" alquanto ritardato) solo nei casi "macroscopici" di prezzi predatori o ingiustificatamente onerosi;
- (vii) la regolazione degli standards di qualità, sicurezza, ecc. appartengono a terreni tecnici che richiedono specialisti ad hoc.

Va aggiunto infine che gli oneri amministrativi generati dalla regolazione andrebbero confrontati con quelli della non regolazione, soprattutto con riferimento ai contenziosi davanti alle autorità della concorrenza.

In conclusione, se si riconosce la natura di *essential facility* e conseguentemente l'illegittimità del rifiuto a contrarre, l'assenza di regolazione ex ante delle condizioni dell'accesso rischierebbe di rendere puramente teorico l'esercizio del diritto di uso, che potrebbe essere negato dal monopolista attraverso una sterminata serie di varianti del *constructive refusal*, anche in base a un calcolo probabilistico del rischio di essere scoperto e del quando potrà essere chiamato a risponderne. Peraltro, la diffusione della pratica degli impegni potrebbe contribuire a minimizzare il danno probabilistico di comportamenti abusivi.

6.- Altro punto è se e in che misura la regolamentazione ex ante rischi di spiazzare il diritto antitrust o se ne renda più complesso l'intervento ex post.

Ancora una volta i più dinamici (non necessariamente nel meglio) sono gli USA, "padri" della EFD e della complementarietà fra regolazione e antitrust. A partire dalla sentenza della Corte Suprema del 2004 nella causa *Verizon v. Trinko*³³ si è registrata un'inversione di tendenza³⁴ sia rispetto a precedenti orientamenti della Corte sia, soprattutto rispetto a quelli assunti nel tempo dalle *low courts*.

Nella sentenza si ha un sostanziale ripudio della EFD³⁵ e, con esso, la statuizione del principio che non dovrebbe esservi necessità di interventi antitrust laddove l'obbligo a contrarre sia sancito da organismi di regolazione. La Corte non si spinge, è vero, a sancire espressamente il principio dell'*antitrust immunity* per l'impresa assoggettata a regolamentazione bensì a chiarire una sorta di mutua esclusione di competenze nel campo dell'accesso³⁶, dove l'intervento degli organismi di regolazione può essere più incisivo e

³³ Corte Suprema degli SU, *Verizon Communications v. Trinko - Opinion of the Court*, 2004.

³⁴ Si veda anche la sentenza della Corte Suprema del 2005 sul caso *Credit Suisse v. Billing* [(551(264) 207)], la quale ha stabilito, sulla base della legge istitutiva della S.E.C., l'esclusione della applicabilità del diritto antitrust a casi disciplinati dal regolatore del mercato finanziario. Va aggiunto che vi furono opinioni dissenzienti, all'interno della Corte, le quali argomentavano che la legge istitutiva della S.E.C. espressamente prevedeva che le sue competenze si aggiungevano a quelle previste dalle norme sulla concorrenza.

³⁵ Dopo aver fatto riferimento alla "*essential facilities doctrine crafted by some lower courts*", si chiarisce che "*We have never recognize such a doctrine [...] and we find no need either to recognize it or to repudiate it here [...]*" (ibid., p. 11).

³⁶ "[...] *where access exists, the doctrine serves no purpose [...]. The the essential facilities claims should be denied where a state or federal agency has effective power to compel sharing and to regulate its scope and terms*". Ne segue che: "*[A]ntitrust analysis must sensitively recognize and reflect the distinctive economic and legal setting of the regulated industry to which it applies*". [...] *One factor of particular importance is the existence of a regulatory structure designed to deter and remedy anticompetitive harm*. Del resto: *Enforced sharing also requires antitrust*

svuotare di utilità quello dell'antitrust: “*Where such a structure exists, the additional benefit to competition provided by antitrust enforcement will tend to be small, and it will be less plausible that the antitrust laws contemplate such additional scrutiny*”. Non ultimo in quanto “*regulation significantly diminishes the likelihood of major antitrust harm*”³⁷.

Della complementarità fra regolazione *ex ante* e antitrust, nell'orientamento comunitario si è già detto, con un *favour* espresso a favore della costituzione di autorità indipendenti di regolazione e di reti europee di autorità, anche con lo scopo di accrescerne l'indipendenza rispetto ai rispettivi governi. Le autorità della concorrenza mantengono le proprie funzioni anche sui mercati regolamentati, con espressa previsione del prevalere del diritto antitrust sulle decisioni degli organi di regolazione. Alcuni esempi possono tornare utili al riguardo.

In primo luogo la decisione della Commissione sul caso *Deutsche Telekom*³⁸, dove la Commissione ha stabilito che gli elevati prezzi percepiti dal monopolista per l'accesso alla sua rete locale costituivano violazione dell'art. 82 del Trattato, nonostante fossero stati approvati dalla autorità nazionale di regolazione. Altro caso, questo nazionale, del prevalere il principio concorrenziale, più volte sancito dalle norme comunitarie, di orientamento al costo sulle tariffe effettivamente approvate dalle autorità di regolazione è bene espresso dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: “*l'esistenza e la piena vincolatività dell'obbligo di orientamento al costo prescinde dall'adozione da parte dell'Autorità di provvedimenti in materia di valori di terminazione, i quali rappresentano tutt'al più un mero strumento, per così dire "probatorio", di rilevazione di valori coerenti coi costi*”. Ne segue che “*Il principio dell'orientamento al costo è ben lungi dal costituire una mera regola dispositiva riflettente un punto di equilibrio tra contrapposti interessi solo privati, presuntivamente ritenuto equo dal legislatore. Si tratta invece di una regola dettata nel precipuo interesse pubblico, con la essenziale funzione di aprire alla concorrenza il settore economico interessato*”³⁹.

Il prevalere del diritto della concorrenza, anche sulle leggi nazionali, è stato del resto sancito nel 2001 dalla Corte di Giustizia⁴⁰ la quale ha stabilito che non solo le corti nazionali ma anche le autorità della concorrenza sono tenute – di volta in volta - a disapplicare direttamente la legislazione nazionale ove questa sia tale da permettere o facilitare comportamenti contrari a quanto previsto dalle norme comunitarie sulla concorrenza, in particolare dall'art. 81 (fattispecie direttamente considerata dalla sentenza) e dall'art. 82. La posizione espressa (e la sua estensione all'art. 82) è peraltro conforme al principio, costantemente sancito dalla giurisprudenza comunitaria, del primato del diritto comunitario sulle norme nazionali, che esige che sia disapplicata qualsiasi disposizione della legislazione nazionale in contrasto con una norma comunitaria, indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore a quest'ultima.

courts to act as central planners, identifying the proper price, quantity, and other terms of dealing a role for which they are ill-suited” (ibid., pp. 11-12 e p. 8).

³⁷ Ibid., pp. 11-12.

³⁸ Decisione della Commissione 2003/707/CE del 21 maggio 2003 (*Deutsche Telekom AG*). La decisione è stata poi confermata dal Tribunale di I grado.

³⁹ AGCOM, Delibera 14/03/CIR (par. III).

⁴⁰ Corte di Giustizia, sentenza 9 settembre 2003, Caso 198/2001 (*Consorzio italiano fiammiferi*)

Va aggiunto che la collaborazione fra istituzioni di regolazione e antitrust può agevolare eventuali interventi da parte di queste ultime. Si vedano al riguardo i casi AGCM/Aeroporti di Roma e AGCM/SEA, dove l'autorità ha avviato istruttorie per prezzi ingiustificatamente onerosi praticati per l'accesso ad alcune infrastrutture centralizzate, avvalendosi di elementi di costo acquisiti dall'ENAC in sede di istruttorie per i contratti di programma⁴¹.

Al tempo stesso si può generare, specie a livello nazionale, una sorta di “terra di nessuno” dove le aree di competenza non siano demarcate in modo netto, sì da causare conflitti di attribuzione; inoltre fair play e buone relazioni inter-istituzionali possono rendere le autorità antitrust esitanti a intervenire in settori regolamentati, e le imprese (tanto più alla luce normativa sugli impegni) meno preoccupate di violare le regole.

Molto spesso l'attività di promozione ex ante della concorrenza tipica del regolatore sfocia in una serie di divieti prescrittivi che limitano il comportamento delle imprese anche in mercati liberalizzati; al tempo stesso, talvolta gli interventi delle autorità antitrust non si limitano a sanzionare illeciti ma a disciplinare direttamente i mercati (si pensi alle decisioni in materia di controllo delle concentrazioni; alla autorizzazione di intese sulla base di impegni comportamentali; agli impegni⁴²)⁴³.

Al di là delle reciproche “incursioni” indicate sopra, derivanti dal mandato assegnato a ciascun organismo, ve ne possono essere altre di tipo “comportamentale”. Così di rado le autorità antitrust si sono trovate a dover svolgere attività di supplenza in presenza di organismi di regolazione deboli o poco indipendenti. All'opposto, un ricorso estensivo alla disciplina degli impegni può affievolire il disincentivo a commettere abusi e pertanto richiedere più incisivi interventi ex ante da parte delle autorità di regolazione.

III.- La regolazione dell'accesso alle infrastrutture e l'evoluzione delle condizioni di *essential facilities*

1.- Come si è detto prima, se la coabitazione fra regolazione e antitrust è pacifica negli stadi precoci dei processi di liberalizzazione, non lo è più quando la concorrenza abbia fatto sostanziali passi avanti. Mentre non si registrano obiezioni alla necessità di mantenere una regolazione di tipo tecnico (ad esempio relativa alla sicurezza), la permanenza di organismi di regolazione economica è dunque più controversa.

Il progredire dei processi di liberalizzazione negli ultimi 15 anni, lo sviluppo della domanda e della sua struttura, il progresso tecnico, stanno radicalmente mutando il quadro concorrenziale dei servizi finali e, con esso, seppure in varia misura e prevalentemente in modo indiretto, il carattere di essenzialità delle infrastrutture. Cambiano gli obiettivi industriali e concorrenziali dell'UE e degli Stati membri, con più attenzione alle prospettive di lungo periodo, più enfasi sulla necessità di promuovere investimenti e progresso tecnico,

⁴¹ Istruttorie A376 (AdR) e A377 (SEA) del 2008.

⁴² Della preoccupazione che gli interventi dell'AGCM in materia di impegni potesse estendere il suo campo di azione alla regolazione dei mercati si è fatto interprete il TAR Lazio (sentenze 10428/2008 e 281/2009). Su questo argomento cfr. L. Cavallo, *L'AIR nell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Osservatorio AIR, settembre 2009.

⁴³ Cfr. al riguardo A. Noce, *L'esperienza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel settore dell'energia*, Treviso 2006, p. 6.

meno regolazione dell'accesso o regolazione meno intrusiva, più attenzione ai costi della regolazione.

La maggiore concorrenza a valle è stata conseguenza dell'entrata di nuovi operatori sugli originali mercati rilevanti ma anche, specie in prospettiva, dell'ampliamento di questi sotto il profilo geografico e del prodotto. Va infatti emergendo una crescente competizione, ad esempio, fra telefonia fissa e mobile, fra trasporto ferroviario e aereo, in prospettiva forse fra energia elettrica e gas per i clienti domestici. Parallelamente nella massima parte dei casi la regolazione dei prezzi è stata ritirata.

La domanda che si pone è se lo sviluppo della concorrenza sui mercati finali possa giustificare un allentamento o la scomparsa della regolazione anche dell'accesso alle infrastrutture.

Sembra questo un punto di vista diffuso fra le autorità della concorrenza *“The creation of sector-specific regulator generally results in some of their tasks overlapping with those of the competition agency. This require coordination efforts and may result in conflicts over competence and differing interpretations. Setting up new authorities involves high costs. These costs are all the higher as experience has shown that it is difficult to abolish authorities once they have been established. Where competition is introduce step by step to formerly monopolized industries, the regulatory authorities should be abolished accordingly. In practice this is unlikely to happen”* Tanto più che: *“Sector-specific regulators are more susceptible to be influences by private interest group ('regulatory capture'). Lobbyist can more easily focus their influence on sector-specific regulators than on cross-sectoral competition authorities. Similarly, industry interest groups may also be more successful in using government channels to indirectly influence the regulators' decisions as the sectoral regulators are likely to be less independent from government than the competition authorities”*⁴⁴.

E' indubbio che la concorrenza sui mercati a valle ha indotto una certa concorrenza anche su quelli a monte: una concorrenza derivante non tanto dalla “costituzione” di nuove imprese, quanto dall'ampliamento del numero dei concorrenti via ampliamento dei mercati rilevanti, geografici e del prodotto. Le domande che si pongono sono:

- la concorrenza fra i servizi finali si traduce in effettiva concorrenza fra le rispettive infrastrutture?
- può questo (e a quali condizioni) giustificare l'allentamento della regolazione dell'accesso?
- la concorrenza fra infrastrutture può essere più efficacemente promossa mantenendo la regolazione dei prezzi di accesso, o eliminandola o introducendo forme più soft?
- di fondo: la regolazione delle tariffe agevola la contendibilità nei mercati delle infrastrutture oppure la ostacola? e dunque, esiste un conflitto fra la tutela degli interessi degli utenti a breve e a lungo andare?

La risposta ai quesiti sopra – dunque alla temporaneità vs. permanenza della regolazione dell'accesso - dipende da due fattori: (i) il venir meno o l'affievolimento dei requisiti

⁴⁴ ICN, *Antitrust Enforcement in Regulated Sectors – Interrelation between Antitrust and Regulatory Authorities*, cit., pp. 8-9.

propri delle *essential facilities*, o (ii) l'affermarsi di meccanismi di riequilibrio del potere di mercato (ad esempio, senza necessità di arrivare a casi di monopolio bilaterale, l'esistenza di un sostanziale *countervailing power*) che la rendono non più necessaria.

2.- La non essenzialità di una *facility* è legata alla sua sostituibilità o alla sua duplicabilità. Sotto il profilo del regime dell'accesso, sostituibilità e duplicabilità sono due facce di una stessa medaglia, la prima riferita al breve e la seconda al medio/lungo periodo. In effetti un'infrastruttura non sostituibile a breve ma duplicabile a medio/lungo termine non costituisce una barriera duratura alla concorrenza; anzi, imporre in queste condizioni l'obbligo di accesso potrebbe scoraggiare gli investimenti in reti alternative. In realtà, come vedremo, salvo il caso delle comunicazioni elettroniche, il driver più importante della concorrenza fra infrastrutture è l'accentuarsi della sostituibilità fra di esse, assai più della duplicabilità.

Secondo una definizione consolidata, "*un'industria è detta in monopolio naturale se, in corrispondenza dell'intervallo di produzione (o di produzioni) rilevante, la funzione di costo dell'impresa è subadditiva*"⁴⁵, ossia se vi sono economie di scala sufficientemente estese da rendere più efficiente che – all'interno di un determinato mercato rilevante (geografico e del prodotto) - l'offerta sia concentrata presso un'unica impresa. La subaddittività dei costi può essere estensivamente interpretata anche in termini di economie di scopo, ciò che rappresenta il principale argomento che milita a favore dell'integrazione verticale fra i mercati *upstream* e *downstream*.

Dal momento che la sub-addittività non comporta necessariamente costi unitari continuamente decrescenti per tutto l'intervallo della domanda del mercato⁴⁶, la condizione di monopolio naturale può essere transitoria e cessare con lo sviluppo del mercato, rendendo in tal modo ugualmente o più efficiente la spartizione del mercato fra più imprese. E' poi da pensare che il progresso tecnico riduca la scala minima efficiente di una infrastruttura.

Pur non potendosi generalizzare, esiste una sostanziale convergenza che a seguito dello sviluppo dei mercati in molti settori le condizioni di subaddittività dei costi industriali siano già ampiamente superate e che dunque sotto il profilo del costo di offerta delle infrastrutture la duplicazione all'interno di un dato mercato rilevante potrebbe essere (almeno) non inefficiente: ciò vale in primo luogo per le reti di telecomunicazioni (anche in forza del progresso tecnologico), ma anche per infrastrutture puntuali quali aeroporti, porti, terminal, siti di stoccaggio del gas naturale.

Tuttavia altre considerazioni vanno fatte al riguardo, che conducono a conclusioni alquanto più limitanti.

Una prima considerazione è che la scala minima efficiente di un'infrastruttura va valutata anche tenendo conto dell'impatto sull'efficienza dei servizi finali, in altri termini, in base ai costi complessivi per gli utenti finali. Così, se i costi di offerta di una determinata infrastruttura sono crescenti ma sono decrescenti quelli di produzione dei servizi finali che

⁴⁵ Baumol, W.J., Panzer, J.C., Willig, R.D., *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt Brace Javanovich, Dan Diego, California.

⁴⁶ La domanda del mercato va stimata con riferimento a un prezzo concorrenziale, vale a dire, pari al costo medio totale.

di essa si avvalgono, la dimensione efficiente è quella che minimizza i costi totali⁴⁷. Inoltre il giudizio di duplicabilità non può essere unicamente di ordine industriale, basarsi cioè sui soli costi delle imprese che gestiscono le infrastrutture, ma va esteso ai costi esterni incrementali derivanti dalla duplicazione, che possono essere molto elevati considerato il carattere invasivo della maggior parte delle infrastrutture. Cosicché il concetto di subaddittività andrebbe esteso ai costi totali, ciò che in linea di principio accresce, anche in modo molto sensibile, la dimensione minima socialmente efficiente di un'infrastruttura.

In conclusione, salvo il caso di settori come le telecomunicazioni, la concorrenza fra servizi e fra infrastrutture non si dovrebbe promuovere duplicando queste ultime ma promuovendone l'ampliamento del mercato rilevante, geografico e del prodotto: vale a dire, la sostituibilità fra di esse.

Statica al riguardo la situazione nel settore energia, dove sono oggi sottoposti a regolamentazione le infrastrutture che servono i segmenti di mercato intermedi: trasporto/trasmissione e distribuzione dell'energia elettrica e del gas, siti di coltivazione e di stoccaggio del gas. Solo le reti rispondono in toto alle condizioni di *essential facility* che abbiamo esaminato prima, con l'eccezione di quelle di importazione dell'energia elettrica e del gas, la cui duplicabilità però non risponde a criteri di costo ma alla finalità di diversificare le fonti di approvvigionamento (se vogliamo di creare concorrenza fra i fornitori esteri), dunque su direttrici geografiche diverse. I siti di stoccaggio sono invece sostituibili e (teoricamente) duplicabili. Essendo però al momento monopolizzati da una stessa impresa verticalmente integrata, la regolazione dell'accesso appare ineludibile, pur se non sussistono le "oggettive" condizioni che la giustificano.

In condizioni opposte, tanto più in prospettiva, la situazione di alcuni comparti dei trasporti. Qui la duplicabilità all'interno di uno stesso mercato rilevante è pressochè esclusa ma è invece ben visibile la sostituibilità fra infrastrutture appartenenti a uno stesso mercato rilevante del prodotto (a una stessa modalità). La concorrenza fra porti e quella fra aeroporti è oggi di tutta evidenza e ha dimensioni internazionali: i porti italiani competono con quelli spagnoli e francesi (ma anche con quelli del nord Europa – Rotterdam e Amburgo, in primis); i grandi aeroporti hub europei competono per attrarre traffico di lungo raggio, il cui mercato ha dimensione europea; l'affermarsi delle compagnie *low cost* ha allargato il mercato rilevante degli aeroporti regionali, fino al punto da ribaltare il concetto di dominanza⁴⁸. In altre parole, l'abbattimento delle barriere regolamentari nei servizi *downstream*, da un lato, la crescita della domanda, il progresso tecnico (soprattutto nella logistica) e la creazione di infrastrutture di collegamento, dall'altro, hanno allargato il

⁴⁷ In campo aeroportuale, ad esempio, l'organizzazione *hub and spokes* permette alle compagnie aeree di razionalizzare i propri operativi, creando massa critica e sinergie al loro interno e permettendo loro di massimizzare il traffico (i ricavi) rispetto i costi (ovverossia, in regime di concorrenza, di far pagare agli utenti prezzi minori di quelli cui sarebbero gravati per garantire un'offerta analoga di servizi in regime "*stand alone*"): cessa la condizione di subaddittività dei costi aeroportuali (dei costi "lato terra") ma non quella dei costi "lato aria", derivante dalle economie di scala e di scopo dei vettori); a parità di servizi finali, il costo del "pacchetto" (che tanto tutti i costi, lato terra e lato aerea, vanno a gravare sui passeggeri) viene minimizzato con l'organizzazione dell'hub. Gli hub rappresentano dunque per le compagnie aeree asset sì sostituibili (in virtù della concorrenza) ma "non duplicabili".

⁴⁸ Più di quelle tradizionali, le compagnie *low cost* hanno dimostrato di poter trasferire il proprio bacino di utenza con relativa autonomia; al tempo stesso, essi costituiscono per gli aeroporti regionali un cliente che ne può decretare lo sviluppo o il declino.

mercato rilevante geografico, ponendo in concorrenza infrastrutture che fino a non molto tempo prima godevano degli steccati del monopolista.

Processo analogo – unitamente alla realizzazione di infrastrutture di “nuova generazione” (ad esempio, la rete ferroviaria ad AV) – ha gettato le basi anche per la concorrenza fra differenti modalità di trasporto (fra aereo e treno sulle medie percorrenza⁴⁹, fra treno e trasporto collettivo su gomma in alcune direttrici di breve/media percorrenza, fra aereo e cabotaggio marittimo), estendendo il mercato rilevante del prodotto.

Le comunicazioni elettroniche sono il settore nel quale la liberalizzazione è stata avviata per prima è “ha morso” di più; e dove più promettente è lo sviluppo della concorrenza *facility based*. Fra il 2003 e il 2007 il numero dei mercati suscettibili di regolamentazione ex ante si è ridotto da 18 a 7 (da 7 a 1 quelli *retail*, da 10 a 7 quelli *wholesale*), libere restando le autorità nazionali di settore di deregolamentare ulteriori mercati, ove già sussista una effettiva concorrenza o non siano presenti operatori con significativo potere di mercato⁵⁰. Per essi cadono congiuntamente sia la regolamentazione dei prezzi che il divieto del *refusal to deal*. Al tempo stesso ai processi di convergenza si accompagna l’ampliamento del mercato rilevante del prodotto, creando competizione anche fra le infrastrutture di comunicazione fissa e mobile.

Lo sviluppo delle NGAN può comportare conclusioni contrastanti in ordine all’accesso. In buona sostanza il dilemma è se gli operatori alternativi (alternativi, ora, nel senso di non disporre di NGAN) debbano seguitare a essere difesi non contro un potere di mercato attuale (tanto più in quanto ereditato da un passato di monopolista pubblico), ma contro quello che potrà formarsi in futuro a fronte di altrui rischiose scelte di investimento della cui strategicità per lo sviluppo dei paesi nessuno dubita⁵¹. Va da sé che un operatore difficilmente potrebbe cimentarsi senza una prospettiva di poter sfruttare in esclusiva, sui mercati *retail*, il ritorno dell’investimento. Ovviamente è ragionevole che la risposta molto dipenda dalla provenienza delle risorse finanziarie, posto che ove gli investimenti siano consistentemente finanziati con risorse pubbliche l’obbligo di concedere accesso sarebbe una inevitabile contropartita.

IV.- Scelte regolatorie e analisi di impatto sulla concorrenza

1.- A mio avviso, la tesi dell’opportunità di abolire le autorità indipendenti di regolazione si basa su di una visione eccessivamente schematica tendente a identificare la regolazione con il tradizionale modello *command and control* e ad argomentare conseguentemente che i suoi costi sono ormai sproporzionati ai benefici concorrenziali.

Le implicazioni regolamentari dello scenario evolutivo descritto prima richiederebbero invece di affinare le opzioni regolatorie, andando oltre la scelta fra deregolamentazione e conservazione del quadro attuale e affrontando invece in modo strutturato la gamma delle alternative a disposizione.

⁴⁹ Si veda ai casi di *switch over* aereo a favore dell’AV fra Parigi-Bruxelles, Parigi-Marsiglia e, ora, Roma-Milano.

⁵⁰ Raccomandazioni della Commissione 2003/311/CE e 2007/878/CE.

⁵¹ “while the theoretical framework for access to essential facilities was originally conceived to regulate a situation where an incumbent player can exploit a legacy advantage over prospective new entrants, the NGA debate looks at ‘future essential facilities’, which for the most part still have to be built” (A.Renda, *Competition-regulation interface in telecommunications: What’s left to the essential facility doctrine*, Telecommunication Policy 34 (2010), p. 32).

E' questo il terreno di elezione dell'analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza (AIRC), nata come costola dell'analisi di impatto della regolazione (AIR)⁵²⁵³. La ratio su cui entrambe poggiano è che i fallimenti della regolazione possono essere più onerosi dei fallimenti del mercato.

La funzione dell'AIR (e la sua specificazione concorrenziale) è diretta a verificare fra più opzioni regolatorie quella caratterizzata da maggiori benefici netti sociali (inclusa la minore intrusività sui naturali meccanismi del libero mercato), assumendo come dati gli obiettivi di interesse generale stabiliti a livello politico. Fermo restando che i suoi risultati non sono vincolanti per le decisioni politiche ma offrono loro una base di "calcolo razionale".

L'AIRC ha un campo di applicazione potenzialmente vastissimo, in primis quello della regolamentazione restrittiva della concorrenza o di quella che la disciplina con effetti oggettivamente limitanti. Gli *steps* di un'analisi di impatto concorrenziale sono in sequenza: 1) identificazione degli obiettivi politici da perseguire; 2) identificazione delle opzioni regolatorie a disposizione; 3) valutazione dell'impatto di ciascuna di esse sulla concorrenza; 4) confronto fra e alternative.

Tuttavia rispetto all'AIR la diffusione dell'AIRC sta alquanto indietro. A livello comunitario l'AIR è diventata adempimento obbligatorio propedeutico alla emanazione delle norme; la sua attuazione è ampiamente diffusa fra gli Stati membri, sebbene non sia obbligatoriamente prevista da norme comunitarie. Quanto all'AIRC, a livello comunitario allo stato attuale non vi sono norme coercitive né risulta che questa venga condotta dalla istituzioni europee: non in senso pieno, almeno.

Sulla carta il panorama italiano non è così negativo, l'elaborazione normativa sull'AIR essendo stata avviata nel 1999 con la legge n. 50. Nella normativa italiana troviamo oggi l'indicazione di tre strumenti che debbono essere congiuntamente utilizzati nell'analizzare l'impatto delle norme sulla concorrenza: l'analisi tecnico normativa (Direttiva del PCM 10 settembre 2008), l'analisi di impatto della regolazione (DPCM n. 170 dell'11 settembre 2008) e la verifica di impatto della regolazione (DPCM n. 212 del 19 novembre 2009), da effettuarsi dopo un biennio dall'entrata in vigore della norma. La prima ha per oggetto la normativa nazionale primaria, le altre due si riferiscono "agli atti normativi del Governo,

⁵² Cfr. OECD, Competition Assessment Toolkit, 2007, p. 66: "It is useful to briefly compare the standard Regulatory Impact Analysis (RIA) approach with the new initiatives on competition assessments. [...]. RIA as typically conducted does not aim to study the behaviour of market participants and changes in them. Rules and regulations may alter the incentives for the market participants, and an important aspect of competition assessments will be to understand what impact regulations might have on the behaviour of market participants and the likely effects on competition. Overall, it is important to understand that competition and the benefits that may result from it are inherently dynamic in nature. Benefits related to greater efficiency and innovation, lower prices, and greater variety of goods and services are generally not attained instantaneously but become more transparent over time. In this sense, the objectives of the competition assessments, which are designed in part to evaluate changes in behaviour of market participants and forecast the longer-term benefits and costs, constitute an indispensable tool to the assessment of regulations. In this respect, the more traditional RIA evaluations and new initiative on competition assessments can be seen as complementary inputs into improving the quality and efficiency of regulations and, more generally, economic performance and welfare".

⁵³ Cfr. in materia L. Cavallo, *L'analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza*, Osservatorio AIR, aprile 2010; G. Mazzantini, *L'AIR sulla concorrenza: eppur si muove*, Astrid 2009.

compresi gli atti adottati dai singoli Ministri, ai provvedimenti interministeriali, e ai disegni di legge di iniziativa governativa” (art. 2, DPCM 170/2008, cit.).

Sebbene la verifica di impatto sulla concorrenza sia un *inter alia* nel contesto più ampio degli effetti dei provvedimenti, il DPCM 170/2008, art. 6, espressamente prevede l’obbligo di confrontare le differenti opzioni sul terreno, da condurre sul duplice binario di giustificare sia il merito della scelta, in base alla comparazione dei vantaggi netti fra le opzioni possibili, sia lo strumento normativo da impiegare, con il minimo ricorso possibile a norme di livello primario. Inoltre la sezione n. 6 dell’Allegato A (*“Incidenza sul corretto funzionamento concorrenziale del mercato e sulla competitività del Paese”*) richiama l’uso della *checklist* proposta dall’OECD⁵⁴, indicandone criteri-base semplificati. Sebbene, come anticipato, gli esiti delle verifiche non siano vincolanti, non secondari sono gli aspetti procedurali: in particolare le proposte di atti normativi non possono essere sottoposte al Consiglio dei Ministri (quelli dei singoli Ministri non possono essere trasmessi al Consiglio di Stato per l’espressione del parere) se non sono corredati da un’adeguata relazione sull’AIR.

A questi aspetti positivi si accompagnano considerevoli ombre. L’obbligo dell’AIR/AIRC non si estende infatti a regioni ed enti locali, né sono espressamente previsti obblighi al riguardo per il CIPE o per le agenzie di regolazione diverse dalle autorità amministrative indipendenti. Mentre risulta che alcune regioni si siano indirizzate in tal senso (Toscana, Basilicata), non esistono evidenze che le deliberazioni del CIPE e le proposte delle agenzie (ad esempio l’ENAC) siano precedute da tali adempimenti. Non è cosa di poco conto, considerata la vastità delle funzioni regolatorie oggi attribuite al CIPE (poste, settore idrico, trasporti)⁵⁵.

2.- Quanto alla autorità amministrative indipendenti di regolazione, la legge⁵⁶ stabilisce che esse *“si dotano, nei modi previsti dai rispettivi ordinamenti, di forme o metodi di analisi dell’impatto della regolamentazione per l’emanazione di atti di competenza”*. Non esiste dunque obbligo formale per esse di condurre l’AIRC, che infatti non risulta sia stata finora formalmente e sistematicamente implementata⁵⁷.

Certo, si può affermare con qualche ragione che in linea di principio l’analisi di impatto sulla concorrenza è implicita nell’AIR delle autorità nazionali di regolazione (ANR); anzi, è

⁵⁴ OECD, *Competition Assessment Toolkit*, 2007.

⁵⁵ Tenuto conto che le deliberazioni del CIPE in materia regolamentare sono precedute da pareri del NARS, sarebbe importante che a questa struttura venisse assegnati compiti a questo riguardo.

⁵⁶ Legge 229/2003, art. 12, c. 1.

⁵⁷ La legge citata non annovera l’AGCM fra le autorità amministrative soggette all’obbligo di AIR. Tuttavia, per motivi di ufficio e per i poteri di cui dispone, di impatto della regolazione sulla concorrenza sembra oggi occuparsi l’AGCM più di ogni altro organismo in Italia: (i) le segnalazioni e pareri al Parlamento espressi ai sensi degli artt. 21-24 della legge 287/90; pur non essendo vincolanti, l’introduzione con la legge 99/2009 dell’obbligo in capo al Governo di indicare nella relazione di accompagnamento della legge annuale della concorrenza *“gli ambiti in cui non si è ritenuto opportuno darvi seguito”* (art. 47, c. 4) può essere tale da rafforzare il potere di *moral suasion* (potere che sarebbe stato ben maggiore se fosse stata mantenuta la formulazione iniziale della legge, che imponeva al governo anche di indicare i motivi); (ii) i pareri ex art. 23-bis (tuttavia non vincolanti); (iii) la stessa disciplina degli impegni implica un’analisi di impatto (tramite il c.d. *market test*) così come le decisioni in materia di intese; (iv) poteri “regolatori”, infine, derivano all’Autorità dal potere di disapplicare norme nazionali contrarie agli artt. 81 e 82 del Trattato, il cui esercizio evidentemente richiede una previa analisi di impatto. Va aggiunto che l’AGCM ha elaborato nel 2006, finalizzate alla regione Toscana, linee guida per l’analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza.

implicita nella loro stessa finalità istituzionale di promuovere la concorrenza. Esiste però il rischio che di fatto le loro scelte si esercitino fra due estremi: nessuna regolazione o il mantenimento della tradizionale regolazione *command and control*, ciò che è ben differente dalle finalità dell'AIRC, le quali sono di studiare opzioni regolatorie alternative (se vi sono) e di scegliere fra di esse quella più favorevole alla concorrenza.

L'opportunità che una *full impact analysis* sia condotta dalle ANR è accentuata dal fatto che essa non è condotta nemmeno a livello comunitario, forse con l'auspicio che possa essere implementata a livello di singolo paese. Probabilmente non a caso si privilegia il ricorso a strumenti meno cogenti dei Regolamenti, quali le direttive, o almeno formalmente non cogenti come le raccomandazioni.

Due casi possono tornare utili. Se guardiamo alla regolamentazione comunitaria dei mercati delle comunicazioni elettroniche, le analisi di mercato condotte dalle autorità di settore ai sensi della Raccomandazione comunitaria (ora del 2007⁵⁸) hanno lo scopo di verificare, in rapporto alla realtà del rispettivo paese, il sussistere di motivi per mantenere la regolamentazione in mercati che - in riferimento al complessivo contesto europeo e sulla base del c.d. triplo test - la Commissione presume siano suscettibili di assoggettamento alla regolazione ex ante. Se le analisi condotte dalle ANR accertano che *“in tali mercati vi sia una concorrenza effettiva senza regolamentazione, ovvero se nessun operatore dispone di un potere di mercato significativo [...] non si può imporre nessuna regolamentazione o si deve ritirare la regolamentazione”*⁵⁹.

Al di là della perentorietà del divieto e della difficoltà di accertare l'esistenza di condizioni di concorrenza effettiva simulando il venir meno dell'esistente regolazione⁶⁰ restano due questioni almeno: (i) se la scelta è così secca, è ragionevole che “nel dubbio” le ANR preferiscano mantenere la regolazione in attesa della successiva analisi di mercato, tanto più che ritirarla con il rischio di doverla poi ripristinare comporterebbe costi elevati; (ii) quale regolazione applicare dove le condizioni indicate non siano soddisfatte o non lo siano ancora o del tutto? quella attualmente in uso o altre forme magari meno intrusive, seppure rispettose dei principi-base? In mancanza di verifica delle opzioni alternative è probabile che si opti per il quadro esistente.

Va sottolineato che le analisi condotte dalla Commissione e dalle ANR hanno come finalità l'accertamento della necessità o meno di mantenere la regolazione, non quella di verificarne l'impatto sulla concorrenza.

Coerentemente con gli sviluppi del mercato del trasporto aereo, nel 2009 è stata emanata la direttiva comunitaria sulle tariffe aeroportuali⁶¹, frutto di un'evoluzione ultra decennale in sede europea da un approccio *command and control*⁶² a uno basato sulla auto-regolamentazione (o meglio sulla co-regolazione) del mercato e solo in ultima istanza sull'intervento coercitivo dell'organismo di vigilanza, chiamato a dirimere disaccordi. Fermo restando il diritto degli Stati di imporre forme più stringenti di regolamentazione⁶³,

⁵⁸ Commissione europea, Raccomandazione del 17 dicembre 2007 (2007/879/CE), cit.

⁵⁹ Ibid, par. par. 18 (enfasi aggiunta).

⁶⁰ Infatti le ANR alla fine tendono a privilegiare la verifica di imprese con SPM.

⁶¹ Direttiva comunitaria 2009/12/CE sui diritti aeroportuali.

⁶² Evoluzione sulla carta, misurata cioè dalle prime proposte di direttiva di oltre 10 anni fa e mai approvata.

⁶³ La ratio implicita della direttiva è che la negoziazione fra le parti rappresenta la regola e la regolazione *command and control* l'eccezione.

l'introduzione di obblighi minimi comuni a tutti gli aeroporti comunitari si basa su di una visione che può essere tratteggiata come segue: (i) da un lato, è necessario introdurre un *level playing field* regolatorio consistente nell'obbligo di consultazione; (ii) dall'altro l'allentamento dei vincoli regolatori può avere una funzione pro-concorrenziale, posto che la concorrenza fra infrastrutture non la si fa solo con i prezzi (tantomeno in un settore in cui i costi aeroportuali incidono in misura modesta sui prezzi finali per l'utente), ma con gli investimenti e l'innovazione.

Va da sé che in assenza di approvazione delle tariffe da parte di un soggetto sovraordinato, la consultazione si tradurrà in contrattazione fra le parti, tanto è vero che la stessa direttiva prevede il ricorso all'autorità di vigilanza in caso di mancato "*accordo*", possibilità che dovrebbe agire come "*threat of shadow economic regulation*" operando "*as a powerful incentive on the unregulated airport to behave responsibly*"⁶⁴. L'introduzione di forme di *regulation by negotiation* implica il sussistere di *countervailing power* fra vettori e gestori, vale a dire di un certo equilibrio di potere fra i due lati del mercato, il quale non può che scaturire dalla presenza di concorrenza (di sostituibilità) fra gli aeroporti⁶⁵. La visione di fondo – e di prospettiva – che sorregge questa impostazione appare dunque chiara: la liberalizzazione del settore aereo e la conseguente concorrenza fra vettori hanno prodotto come ricaduta una crescente concorrenza fra gli aeroporti. La nuova Direttiva sembra in sostanza basarsi su di un concetto "esteso" di contendibilità del mercato rilevante, che deriva non dall'entrata di "nuovi" aeroporti ma dall'ampliamento di esso a includerne di "vecchi"⁶⁶.

L'emanazione della direttiva è stata accompagnata da AIR che ha preso in considerazione varie opzioni, restringendo di fatto il confronto alla regolazione basata sul price cap vs. quella poi adottata. Non vi stata un'espressa analisi di impatto sulla concorrenza, anzi, si ammette che la prima opzione ha effetti più incisivi sulle tariffe ma più elevati costi amministrativi a carico dei soggetti regolati, elemento giudicato determinante per la scelta^{67,68}.

3.- L'affinamento della regolazione può richiedere di allontanarsi dalle prassi oggi solitamente seguite dalla Commissione europea e dalle autorità di regolazione, "tarando"

⁶⁴ European Commission, *Commission Staff Working Document - Accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on airport charges, Full Impact Assessment*, 24.01.2007, COM (2006) 820 p. 9.

⁶⁵ L'implicito riconoscimento di un equilibrio di potere fra i due lati del mercato non porta tuttavia la Commissione a ripudiare il divieto del rifiuto a contrarre da parte del gestore aeroportuale, che peraltro sarebbe in contrasto con i principi statuti dai Regolamenti comunitari 2408/92/CE e 1008/2008/CE.

⁶⁶ Il minor radicamento territoriale dei vettori *low cost* – soprattutto sui collegamenti di medio raggio – rende potenzialmente sostituibili aeroporti in un raggio anche di molte decine di chilometri. Sul lungo raggio la dimensione del mercato è ormai continentale, come dimostra la concorrenza fra i principali hub europei. Sul breve raggio, infine, i servizi aerei sono sottoposti a una crescente concorrenza intermodale, come si è detto. Anche il miglioramento dei collegamenti terrestri, che in realtà per il momento ancora non si è verificato, aumenta la dimensione del bacino di traffico di ciascun aeroporto promuovendo quindi la concorrenza fra scali.

⁶⁷ European Commission, *Commission Staff Working Document - Accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on airport charges*, cit.

⁶⁸ La proposta è peraltro un ibrido, certamente dovuto anche alle pressioni degli Stati membri, posto che è consentito ad essi di mantenere una regolazione ex ante (i) sugli aeroporti per i quali sia espressamente prevista da una normativa nazionale (ii) su quelli per i quali in base a un'analisi di mercato (disposta in forza di una norma e condotta dall'autorità di vigilanza) risulti l'insussistenza di una concorrenza effettiva.

Ne segue che l'analisi di impatto sulla concorrenza non solo non è stata condotta a livello comunitario ma che non verrà condotta nemmeno a livello nazionale.

gli strumenti tipici delle analisi antitrust in funzione delle differenti finalità perseguite: la repressione di comportamenti anticoncorrenziali, *qui e ora*, quella delle autorità antitrust; l'evitare preventivamente che imprese in posizione dominante la sfruttino per abusarne, quella delle autorità di regolazione, confrontando i costi del non intervento (la probabilità, appunto, di abusi e il danno concorrenziale che potrebbe derivarne, la scarsa spinta all'efficienza che può essere ingenerata dal potere di mercato che si detiene) con quelli dell'intervento (minore incentivo a investire e a innovare, costi amministrativi, ecc.).

La scelta se intervenire (e come) si basa su analisi di mercato che a loro volta richiedono in primo luogo di definire il mercato rilevante *sub iudice*.

Nella prassi delle autorità della concorrenza alla definizione del mercato rilevante concorrono più strumenti il primo dei quali è lo SSNIP (*small but significant non-transitory increase in price*, o test del monopolista ipotetico), che come è noto ipotizza un incremento di prezzo dell'ordine del 5%-10%. Dalla modestia della variazione ipotizzata di prezzo scaturisce un mercato rilevante di ampiezza relativamente contenuta, caratterizzato da prodotti strettamente sostituti e da elevata elasticità incrociata della domanda. Si tratta di un'impostazione più che giustificata per le autorità della concorrenza, posto che in tal modo è più facilmente dimostrabile l'esistenza di posizioni dominanti e di eventuali abusi. Va aggiunto che per le autorità della concorrenza lo SSNIP rappresenta sì lo strumento principale, ma viene affiancato da altri⁶⁹, quali la dinamica delle quote di mercato dei differenti prodotti e dei prezzi relativi, l'elasticità incrociata, gli *switching costs*, i costi di trasporto, ecc. che guardano alla storia (anche in vista delle evoluzioni prevedibili a breve) – insomma dalla concorrenza potenziale.

Le autorità di regolazione tendono a mutuare strettamente i criteri antitrust. Così nel 2002 nell'individuare i mercati rilevanti delle comunicazioni elettroniche la Commissione si è strettamente attenuta agli strumenti antitrust, limitandosi ad applicare il test SSNIP. Successivamente, con il c.d. triplo test ha valutato che 18 fra i mercati rilevanti precedentemente identificati fossero suscettibili di regolazione ex ante. Infine, le ANR hanno effettuato il terzo step di analisi dei mercati, sempre fra quelli originariamente identificati dalla Commissione attraverso lo SSNIP. La conseguenza di questa metodologia è stata la proliferazione del numero dei mercati. Va aggiunto che vi è una qualche contraddizione fra l'impostazione dello SSNIP e quella del triplo test: restrittiva e sostanzialmente statica nel primo caso, più elastica e dinamica nel secondo.

Vi è chiedersi se la regolazione non dovrebbe utilizzare criteri più flessibili. Infatti:

(i) la regolazione comporta costi più elevati (sia per le autorità che per le imprese con significativo potere di mercato (SPM)) e costi certi (quelli dell'*enforcement* antitrust scaturiscono solo in caso di illecito, accertato o presunto); (ii) mentre l'antitrust sanziona abusi verificabili, la regolazione previene il rischio di abusi, dunque un'eventualità fonte di costi e vincoli certi; (iii) la regolazione può comportare anche costi in termini di minori investimenti o minore incentivo a investire; (iv) la regolazione, specie se in mercati dinamici, dovrebbe essere *forward looking* e pertanto non dovrebbe accontentarsi di

⁶⁹ Commissione europea, Comunicazione 31997Y1209(01) sulla definizione del mercato rilevante ai fini della applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (GUCE C372 del 09.12.1997), par. 35-43.

utilizzare un test fondamentalmente statico ma guardare anche alla concorrenza potenziale all'impatto degli sviluppi prospettici della domanda, degli investimenti, delle tecnologie.

Ovvio che se guardiamo, ad esempio, la concorrenza fra comunicazioni fisse e mobili un aumento dei prezzi del 5-10% probabilmente non sposterebbe molta domanda, anche considerati i soli *switching costs* di imprese e consumatori. Ciò vale tanto più se la variazione di prezzo riguarda l'uso delle infrastrutture, posto che in questi casi il suo impatto sugli utenti finali è solo indiretto, potenzialmente assorbito dalle imprese fornitrici e dunque difficilmente prevedibile. Considerazioni analoghe valgono nel caso dell'analisi di sostituibilità fra aeroporti, fra porti, o di sostituibilità incrociata fra infrastrutture ferroviarie e aeroportuali, oppure fra reti di distribuzione del gas e dell'elettricità per usi domestici.

L'utilizzo di criteri più elastici e del conseguente allentamento dei vincoli regolamentari potrebbe comportare il rischio che possano più facilmente emergere abusi. A reprimere i quali potrebbero tuttavia (al di là della vigilanza *ex post* che le stesse autorità di regolazione potrebbero implementare), comunque intervenire le autorità antitrust, come avvenuto, ad esempio, con la decisione DeutchTelekom.

4.- L'OECD è stato il più deciso promotore dell'AIRC e ha elaborato una cassetta degli strumenti come linee guida per le amministrazioni⁷⁰. Il *toolkit* propone una *checklist* di misure, ripresa in forma semplificata in Italia dal DPCM 170/2008, potenzialmente restrittive della concorrenza, con un doppio scopo:

- (i) in prima battuta di permettere un primo veloce *screening* delle misure allo studio per verificare se rientrano o meno fra quelle giudicate potenzialmente lesive della concorrenza e, in caso negativo, di soprassedere eliminando inutili oneri amministrativi;
- (ii) in caso positivo, di verificare il potenziale impatto anticoncorrenziale di esse sul mercato destinatario delle misure e su quelli collegati ("*upstream e downstream*"), in termini di prezzi, numero e tipologia dei concorrenti, livelli e struttura della produzione, qualità, efficienza, innovazione, crescita del mercato⁷¹.

Secondo l'OECD l'analisi di impatto andrebbe condotta qualora la regolazione possa produrre anche uno solo dei seguenti effetti: (i) limitare il numero o la tipologia delle imprese (restrizioni all'accesso); (ii) ridurre la possibilità delle imprese di competere, (iii) ridurre gli incentivi a competere. Per ciascuno di essi vengono elencate le misure che potrebbero esserne causa⁷².

⁷⁰ OECD, *Competition Assessment Toolkit*, 2007; OECD, *Reviews of the Regulatory Reform - Regulatory Impact Analysis, a Tool for Political Coherence*, 2009. Cfr. anche Office of Fair Trading, *Completing Competition Assessment in Impact Assessment – Guideline for policy makers*, 2007.

⁷¹ OECD, *Competition Assessment Toolkit*, cit., pp. 129-134.

⁷² "A competition assessment should be conducted if the regulatory proposal has any of the following 3 effects:

(1) **Limits the number or range of suppliers.** This is likely to be the case if the proposal: Grants exclusive rights for a supplier to provide goods or services; Establishes a license, permit or authorisation process as a requirement of operation; Limits the ability of some types of suppliers to provide a good or service; Significantly raises cost of entry or exit by a supplier; Creates a geographical barrier to the ability of companies to supply goods or services, invest capital or supply labour.

(2) **Limits the ability of suppliers to compete.** This is likely to be the case if the proposal: Controls or substantially influences the prices for goods or services; Limits freedom of suppliers to advertise or market their goods or services;

Le linee guida hanno valenza generale e dunque andrebbe valutata la loro specifica applicabilità ai settori infrastrutturati, analizzando separatamente l'impatto diretto sui mercati *upstream* e quello indiretto sui mercati *downstream*: o più precisamente l'impatto sui primi in funzione dei quello sui secondi, posto che la finalità ultima della regolazione concorrenziale è di accrescere il benessere dei consumatori. In questa ottica, da una prima scorsa della lista si può evincere che, sotto il profilo dell'impatto sui mercati valle, la regolazione dell'accesso alle infrastrutture "passerebbe" un primo esame, seppure con il limite del disincentivo a investire in sviluppo e in innovazione delle infrastrutture che può derivare dall'imposizione di tetti ai prezzi⁷³ - si ripropone in tal modo il *trade off* fra lo sviluppo della concorrenza a breve e a lungo andare.

La parte più complessa è ovviamente l'individuazione e la "pesatura" delle opzioni regolatorie. In generale la letteratura economica e le tante *guidelines* degli organismi internazionali propongono un ampio menu di scelta: *self-regulation*, *co-regulation*, *shadow regulation*, *regulation by information*, regolazione per incentivi, *unbundling* proprietario, *command and control regulation*, ecc., ciascuna delle quali è soggetta e un insieme di varianti, combinazioni incluse. E ciascuna delle quali andrebbe valutata in termini di impatto concorrenziale.

Al di là della difficoltà di queste valutazioni sul piano più strettamente tecnico (che sono enormi), vi sono ulteriori aspetti che contribuiscono ad accrescerne la complessità.

In primo luogo come identificare l'impatto concorrenziale stesso. L'opinione standard è che la concorrenza (o la sua simulazione via regolazione) produca simultaneamente benefiche conseguenze sui prezzi, sul numero e la tipologia dei concorrenti, sui livelli e la struttura della produzione, sulla qualità, l'efficienza, l'innovazione, la competitività, la crescita del mercato. Nella realtà invece vi possono essere conflitti, almeno nel breve periodo, fra gli effetti descritti, ad esempio fra prezzi e innovazione. Come stabilire le priorità?

Ancora, la vulgata di presentazione dell'AIR e della sua variante concorrenziale è che la selezione delle opzioni che massimizzano i benefici netti vada effettuata in funzione di dati obiettivi, stabiliti a livello politico. Si tratta di una semplificazione che spesso non regge alla concreta prova delle analisi, posto che spesso gli obiettivi da perseguire sono molteplici e la scelta delle opzioni può portare con sé la necessità di scegliere fra gli obiettivi. Considerazioni simili valgono per l'AIRC poiché soprattutto in fase avanzata di liberalizzazione dei mercati possono esservi conflitti fra obiettivi a breve e a lungo andare della concorrenza, così come fra concorrenza e competitività; se è vero infatti che la

Sets standards for product quality that provide an advantage to some suppliers over others or that are above the level that many well-informed customers would choose; Significantly raises costs of production for some suppliers relative to others (especially by treating incumbents differently from new entrants)

(3) Reduces the incentive of suppliers to compete vigorously. *This may be the case if the proposal: Creates a self-regulatory or co-regulatory regime; Requires or encourages information on supplier outputs, prices, sales or costs to be published; Exempts the activity of a particular industry or group of suppliers from the operation of general competition law; Reduces mobility of customers between suppliers of goods or services by increasing the explicit or implicit costs of changing suppliers"* (ibid., p. 138).

⁷³ Ibid., p. 12.

concorrenza potenzialmente favorisce il benessere dei consumatori, la competitività concretamente sostiene il loro reddito, e non è necessariamente vero che l'una e l'altra vadano sempre a braccetto, almeno non nello stesso orizzonte temporale.

La probabilità di conflitti fra obiettivi è tanto più elevata se all'interno dell'AIR si aggiunge anche quello della concorrenza, tenuto conto che le opzioni che massimizzano i benefici sociali netti dell'AIR possono essere diverse da quelle che massimizzano la concorrenza, anche considerato il diverso orizzonte temporale che essi si pongono.

Sebbene sia razionale procedere contestualmente ai due tipi di accertamento, arrivare a una valutazione di sintesi comporta il ricorso a un complesso e inevitabilmente controverso sistema di pesi, *latu sensu* politicamente sensibili. Ovvio dunque che l'AIR/AIRC non può essere ridotta a mera tecnica di analisi costi-benefici, ma diventa il crocevia dove la ricerca dell'efficienza (ad esempio, la semplificazione e la riduzione degli oneri amministrativi) si sovrappone con gli obiettivi di politica della concorrenza, di politica industriale e sociale. Si pensi ad esempio alle implicazioni regolatorie delle NGAN o a quelle di mercati i cui fallimenti provocano rilevanti esternalità ambientali.

Tutto ciò giustifica che le conclusioni non siano comunque vincolanti per il decisore politico ma servano piuttosto a questo per razionalizzare le sue decisioni.

Alcuni esempi possono illustrare la complessità delle scelte. La promozione della concorrenza andrebbe condotta tenendo in conto tutti i costi associati alla produzione dei servizi, inclusi quelli esterni. La deregolamentazione dei prezzi di accesso alle infrastrutture o una regolazione "light" non permetterebbe di raggiungere questo risultato. Come è noto i trasporti in particolare sono caratterizzati da elevati costi esterni per inquinamento ambientale, congestione, incidentalità, ecc. Si tratta del più classico dei fallimenti del mercato, la cui eliminazione richiederebbe energiche politiche di riequilibrio modale che puntino anche a internalizzare i costi esterni nel prezzo dei servizi finali. Come inutilmente suggerito dalla Commissione europea, ciò può essere realizzato includendo tali costi nel prezzo di accesso alle infrastrutture. Come ricaduta questo contribuirebbe ad accentuare la sostituibilità fra le infrastrutture, una sostituibilità che non sarebbe il prodotto della naturale evoluzione dei mercati ma del ripristino di una corretta concorrenza: in assenza di ciò la concorrenza seguirebbe infatti a essere falsata da sussidi occulti a favore di servizi che accollano alla collettività parte dei propri costi.

La necessità di tenere conto di obiettivi multipli e di opzioni alternative, così come quella di internalizzare costi (e benefici esterni) sono fra gli elementi che militano a favore del mantenimento degli organismi settoriali di regolazione dei mercati.

Va aggiunto che nel calcolo dei costi della regolazione sono contabilizzati gli oneri amministrativi che essa comporta, per le imprese e per gli organismi di regolazione, oneri che sono tanto più elevati quanto più invasiva e dettagliata è questa, che si scaricano sui prezzi e allungano i processi decisionali. Meno considerati sono invece gli oneri amministrativi della non regolazione o di forme di regolazione meno intrusive, in particolare quelli derivanti dai contenziosi propiziati dalla assenza di regole precettive. Vale al riguardo il principio dei vasi comunicanti: quello che si risparmia ex ante almeno in parte

si travasa ex post. Forse anche in misura maggiore se il quadro regolatorio è tale da consentire comportamenti opportunistici⁷⁴.

In fase di AIRC la strada della *shadow regulation* potrebbe essere esplorata come modello applicabile alle infrastrutture come alternativa alla *regulation command and control*, subordinatamente ad alcune condizioni:

- a) l'*unbundling* proprietario, ad evitare che vi sia un interesse immediato a comportamenti finalizzati al *foreclosure*, lasciando alla autorità della concorrenza il sanzionamento di eventuali comportamenti collusivi a valle;
- b) il rispetto del principio di orientamento al costo, che dovrebbe rappresentare il riferimento delle negoziazioni fra le parti, ciò che implica l'obbligo di documentare i costi;
- c) il concreto rispetto del principio di orientamento al costo richiederebbe comunque la presenza di un organismo di settore a cui ricorrere in caso di mancato accordo, al tempo stesso scoraggiando il contenzioso mediante sanzioni e risarcimenti del danno a carico della parte soccombente;
- d) l'obbligo in capo al monopolista di investire nello sviluppo dell'infrastruttura, posto che se la capacità non è adeguata alla domanda i prezzi rischierebbero di essere determinati dalla scarsità o comunque entrerebbero in tensione con il criterio di orientamento al costo; questa condizione costituisce ulteriore motivo della presenza di un'autorità amministrativa che concordi con il monopolista i programmi di investimento e che lo obblighi al loro rispetto;
- e) andrebbero previsti anche meccanismi di protezione del monopolista dai rischi o di condivisione di questi con le imprese richiedenti, considerato che il primo è tenuto a impegnarsi in investimenti a lungo termine mentre i secondi spesso non assumono *commitments* a mantenere il rapporto; in questo contesto le condizioni di prezzo praticate dovrebbero poter tenere conto degli impegni reciproci.

⁷⁴ Si è detto della nuova direttiva comunitaria sugli *airport charges*, che prevede come regola la negoziazione diretta fra le parti dei prezzi di accesso agli aeroporti, salvo il ricorso alla autorità di vigilanza in caso di disaccordo - una sorta di *shadow regulation*, come si è argomentato. Si è anche ricordato che la scelta di questa opzione rispetto al modello *command and control* è stata motivata dalla Commissione soprattutto in vista dei minori oneri amministrativi che essa comporterebbe. Teoricamente la negoziazione diretta delle tariffe sposta i costi amministrativi dal regolatore alle parti in causa, costi consistenti in verità posto che le negoziazioni andrebbero di regola effettuate ogni anno. Ma andrebbero messi in conto anche i costi della risoluzione delle controversie. Mentre la minaccia dell'intervento dell'organismo di vigilanza, in caso di disaccordo, può spingere le società aeroportuali ad avanzare proposte tariffarie ragionevoli, effetto opposto può esercitare sui vettori. In assenza di costi, infatti, questi potrebbero essere portati a ricorrere comunque all'organismo di vigilanza, posto che - male che possa andare - questo non potrebbe stabilire tariffe maggiori di quelle richiesti dai gestori. In aggiunta il vettore avrebbe il beneficio di rinviare gli aumenti, tenuto conto che la Direttiva stabilisce che questi restino congelati fino che l'organismo di vigilanza non si sarà espresso su ricorso. In tal modo il *secondo step* rischierebbe di diventare la norma. Ne segue che senza misure tali da scoraggiare comportamenti meramente opportunistici, prevedendo sanzioni o risarcimento dei danni, gli oneri amministrativi è da pensare che possano aumentare anziché ridursi.