

**L'ACCESSO ALLE RETI NEL DIRITTO DELLA  
CONCORRENZA**

**E LA LIBERALIZZAZIONE  
DEL MERCATO DELL'ENERGIA**

di

**Fabio Balducci Romano**



## Indice

### INTRODUZIONE

p. 25

### PARTE PRIMA

L'essential facilities doctrine nella giurisprudenza americana ed europea

P. 31

Capitolo I: L'Essential Facilities Doctrine nella giurisprudenza americana.

1. Premessa; 2. La sentenza United States v. Terminal Railroad Ass'n of St. Louis; 3. La sentenza Associated Press v. United States; 4. La sentenza United States v. Griffith; 5. La sentenza Otter Tail Power Co. v. United States; 6. La sentenza MCI Communications Corp. v. AT&T Co.; 7. La sentenza Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Corp.; 8. La sentenza Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services; 9. La sentenza Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP.; 10. La sentenza Gregory v. Fort Bridger Rendezvous Association.

P. 33

Capitolo II: L'Essential Facilities Doctrine nella giurisprudenza comunitaria e nazionale.

1. Premessa; 2. Il caso Commercial Solvents Corporation; 3. Il caso London European – Sabena; 4. Il caso British Midland/Aer Lingus; 5. Il caso Sea Containers/Stena Sealink; 6. Il caso Installazioni del porto di Rødby; 7. Il caso Magill; 8. Il caso Tiercé Ladbroke; 9. Il caso Bronner; 10. Il caso GVG/FS; 11. Il caso IMS Health; 12. Il caso KPN Telecom; 13. Il caso

Microsoft; 14. Casistica dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

P. 59

Capitolo III: Sintesi: comparazione tra concetto americano ed europeo di Essential Facilities Doctrine.

1. Essential Facilities Doctrine: un “epiteto” a sintesi di un principio da applicare; 2. L’elaborazione dell’essential facilities doctrine; 3. Il concetto europeo di essential facilities.

P. 99

## PARTE SECONDA

Essential facilities doctrine e accesso alle reti nel settore dell’energia elettrica e del gas naturale

P. 117

Capitolo I: La politica comunitaria in materia di energia. Disciplina dell’accesso alle reti infrastrutturali.

1. Premessa; 2. La normativa comunitaria in materia di accesso alle reti infrastrutturali: il settore dell’energia elettrica; 3. Segue: il settore del gas naturale; 4. La normativa nazionale in materia di accesso alle reti infrastrutturali energetiche.

P. 119

Capitolo II: Case study: Il provvedimento ENI-Trans Tunisian Pipeline dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

1. Premessa: i fatti oggetto dell’istruttoria dell’Autorità antitrust; 2. Le motivazioni del provvedimento; 3. Segue: L’applicazione dell’essential facilities doctrine; 4. Il rapporto tra regole di concorrenza e norme di regolazione di settore.

P. 151

## CONCLUSIONI

P. 171

## Elenco della giurisprudenza

### Corte di giustizia delle Comunità europee

- 05.02.1963, C-26/62, sent., *NV Algemene Transport of Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, Racc., 1963, p. 3.
- 15.07.1964, C-6/64, sent., *Flaminio Costa c. ENEL*, Racc., 1964, p. 1129.
- 01.07.1969, *Social Fonds voor de Diamantarbeiders c. S.A. Ch. Brachfeld and sons e a.*, C-2 e 3/69, Racc., 1969, p. 211.
- 17.12.1970, C-33/70, sent., *SACE c. Ministero delle Finanze*, Racc., 1970, p. 1213.
- 14.07.1971, C-10/71, sent., *Muller*, Racc., 1971, p. 723.
- 13.12.1973, C-37 e 38/73, *Social Fonds voor de Diamantarbeiders c. NV Indiamex e a.*, Racc., 1973, p. 1609.
- 06.03.1974, C-6 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents c. Commissione*, Racc., 1974, p. 223.
- 04.12.1974, C-41/74, sent., *Van Duyn c. Home Office*, Racc., 1974, p. 1337.
- 08.04.1976, C-43/75, sent., *Defrenne I*, Racc., 1976 p. 455.
- 15.12.1976, C-41/76, *Suzanne Donckerwolcke e a. c. Procuratore della Repubblica presso il Tribunal de Grande Instance di Lille e a.*, Racc., 1976, p. 1921.
- 16.12.1976, C-33/76, sent., *Rewe-Zentralfinanz e a. c. Landwirtschaftskammer fur das Saarland*, Racc., 1976, p. 1989.
- 22.03.1977, C-74/76, *Iannelli & Volpi c. Meroni*, Racc., 1977, p. 557.
- 09.03.1978, C-106/77, *Amministrazione delle Finanze c. Simmenthal SpA*, Racc., 1978, p. 629.
- 05.04.1979, C-148/78, sent., *Procedimento penale a carico di Tullio Ratti*, Racc., 1979, p. 1629.
- 19.01.1982, C-8/81, sent., *Becker*, Racc., 1982, p. 53.
- 10.03.1983, C-172/82, sent., *Fabricants raffineurs d'huile de grassage c. Inter-Huiles*, Racc., 1983, p. 555.

- 16.03.1983, C-266/81, sent., *Società Italiana per l'Oleodotto Transalpino (SIOT) c. Ministero delle Finanze e a.*, Racc., 1983, p. 731.
- 10.07.1984, C-72/83, sent., *Campus Oil Ltd. e a. c. Ministero dell'Industria e dell'Energia e a.*, Racc., 1984, p. 2727.
- 26.02.1986, C-152/84, sent., *M.H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, Racc., 1986, p. 723.
- 02.02.1988, C-67, 68 e 70/85 riun., sent., *Kwekerij Gebroeders van der Kooy BB e a. c. Commissione*, Racc., 1988, p. 219.
- 22.06.1989, C-103/88, sent., *Fratelli Costanzo SpA c. Comune di Milano*, Racc., 1989, p. 1839.
- 19.11.1991, C-6 e 9/90, sent., *Francovich e Bonifaci c. Italia*, Racc., 1991, p. I-5357.
- 10.12.1991, C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova c. Siderurgica Gabrielli*, in Racc., 1991, p. I-5889, p. 15.
- 11.03.1992, C-78, 79, 80, 81, 82 e 83/90, *Compagnie Commerciale de l'Ouest e a. c. Receveur principal des douanes de La Pollice-Port*, Racc., 1992, p. I-1847.
- 16.07.1992, C-163/90, *Administration des Douanes et Droits Indirects c. Leopold Legros e a.*, Racc., 1992, p. I-4625.
- 16.12.1992, C-17/91, *Lornoy e a. c. Belgio*, Racc., 1992, p. I-6523.
- 19.05.1993, C-320/91, *Procedimento penale a carico di Paul Corbeau*, Racc., 1993, p. I-2533.
- 15.12.1993, C-277, 318 e 319/91, *Ligur Carni Srl e a. c. Unità Sanitaria Locale XV di Genova e a.*, Racc., 1993, p. I-6621.
- 27.04.1994, C-393/92, sent., *Gemeente Almelo e a. c. Energiebedrijf Ijsselmij*, Racc., 1994, p. I-1477.
- 09.08.1994, C-363, 407, 408, 409, 410 e 411/93, *René Lancry SA c. Direction Générale des Douanes e a.*, Racc., 1994, p. I-3957.
- 06.04.1995, C-241 e 242/91 P, *RTE e ITP c. Commissione*, Racc., 1995, p. I-743.
- 14.09.1995, C-485 e 486/93, *Maria Simitzi c. Dimos Kos*, Racc., 1995, p. I-2655.
- 15.12.1995, C-415/93, *Bosman e a.*, Racc., 1995, p. I-4921.
- 23.10.1997, C-157/94, sent., *Commissione c. Paesi Bassi*, Racc., 1997, p. I-5699.
- 23.10.1997, C-158/94, sent., *Commissione c. Italia*, Racc., 1997, p. I-5789.
- 23.10.1997, C-159/94, sent., *Commissione c. Francia*, Racc., 1997, p. I-5815.
- 27.11.1997, C-369/95, sent., *Somalfruit e a. c. Ministero delle Finanze e a.*, Racc., 1997, p. I-6619.

- 26.11.1998, C-7/97, sent., *Oscar Bronner GmbH & Co. c. Mediaprint Zeitungs e a.*, Racc., 1998, p. I-7791.
- 22.04.1999, C-109/98, sent., *CRT France International SA c. Directeur régional des impôts de Bourgogne*, Racc., 1999, p. I-2237.
- 13.07.2000, C-36/99, sent., *Idéal tourisme*, Racc., 2000, p. I-6049.
- 13.03.2001, C-379/98, sent., *PreussenElektra AG c. Schleswag AG e a.*, Racc., 2001, p. I-2099.
- 08.11.2001, C-143/99, sent., *Adria-Wien Pipeline e a. c. Finanzlandesdirection fur Karnten*, Racc., 2001, p. I-8365.
- 18.09.2003, C-292 e 293/01, sent., *Albacom e a. c. Ministero del Tesoro e a.*, Racc., 2003, p. I-9449.
- 27.11.2003, da C-34/01 a C-38/01 riun., sent., *Enirisorse SpA c. Ministero delle Finanze*, Racc., 2003, p. I-14243.
- 29.04.2004, C-418/01, sent., *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG*, Racc., 2004, p. I-5039.
- 09.09.2004, C-72/03, sent., *Carbonati Apuani Srl c. Comune di Carrara*, Racc., 2004, p. I-8027.
- 05.10.2004, da n. C-397/01 a n. C-403/01, sent., *Bernhard Pfeiffer e a. c. Deutches Rotes Kreuz e a.*, Racc., 2004, p. I-8835.
- 25.11.2004, C-109/03, sent., *KPN Telecom c. Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA)*, Racc., 2004, p. I-11273.
- 14.04.2005, C-128 e 129/03, sent., *AEM SpA e a. c. Autorità per l'energia elettrica e il gas e a.*, Racc., 2005, p. I-2861.
- 07.06.2005, C-17/03, sent., *Vereniging voor Energie e a. c. Directeur van de Dienst uitvoering en toezicht energie*, Racc., 2005, p. I-4983.

## **Tribunale di primo grado delle Comunità europee**

12.06.1997, T-504/93, sent., *Tiercé Ladbroke c. Commissione*, Racc., 1997, p. II-923.

15.09.1998, T-374 e 375/94, sent., *European Night Services e a. c. Commissione*, Racc., 1998, p. II-3141.

21.09.2005, T-87/05, sent., *EDP Energias de Portugal SA c. Commissione*, Racc., 2005, p. II-3745.

## Giurisprudenza degli Stati Uniti d'America

- 1911: U.S. Supreme Court, *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).
- 1911: U.S. Supreme Court, *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 (1911).
- 1911: U.S. Supreme Court, *United States v. Aluminium Co. of America*, 221 U.S. 106 (1911).
- 1912: U.S. Supreme Court, *United States v. Terminal Railroad Ass'n of St. Louis*, 224 U.S. 383 (1912).
- 1919: U.S. Supreme Court, sent. *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 307 (1919).
- 1945: U.S. Supreme Court, *Associated Press et al. v. United States*, 326 U.S. 1 (1945).
- 1948: U.S. Supreme Court, *United States v. Griffith et al.*, 334 U.S. 100 (1948).
- 1973: U.S. Supreme Court, *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366 (1973).
- 1983: U.S. Court of Appeals for the 7th Circuit, *MCI Communications Corp. V. AT&T*, 708 F.2d 1081, 1132 (7th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 891 (1983).
- 1985: U.S. Supreme Court, sent. *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).
- 1992: U.S. Supreme Court, sent. *Easman Kodak Co. v. Image Tech. SVCS.*, 504 U.S. 451 (1992).
- 2004: U.S. Supreme Court, sent. *Verizon Communications Inc. V. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP.*, No. 02-682 (2004).
- 2006: U.S. Court of Appeals for the 10th Circuit, sent. *Sandy Gregory et al. v. Fort Bridger Rendezvous Association*, No. 04-8100 (2006).

## Elenco dei provvedimenti della Commissione europea

- 04.11.1988, (IV/32.318), *London European – Sabena*, in GUCE L 317 del 24.11.1988, p. 47 ss.
- 26.02.1992, (IV/33.544), *British Midland – Aer Lingus*, in GUCE L 96 del 10.04.1992, p. 34 ss.
- 21.12.1993, (IV/34.689), *Sea Containers - Stena Sealink*, in GUCE L 15 del 18.01.1994, p. 8 ss.
- 21.12.1993, *Rifiuto di accesso alle installazioni del porto di Rodby*, in GUCE L 55 del 26.02.1994, p. 52 ss.
- 29.03.1994, (IV/33.941), *HOV-SVZ/MCN*, in GUCE L 104 del 23.04.1994, p. 34 ss.
- 27.07.1994, (IV/34.518), *ACI*, in GUCE L 224 del 30.08.1994, p. 28 ss.
- 21.11.1994, (IV/34.600), *Night Services*, in GUCE L 259 del 07.10.1994, p. 20 ss.
- 14.01.1998, (IV/34.801), *FAG – Flughafen Frankfurt/Main AG*, in GUCE L 72 del 11.03.1998, p. 30 ss.
- 14.01.1998, (IV/34.801), *Flughafen Frankfurt/Main AG*, in GUCE L 173 del 18.06.1998, p. 32 ss.
- 14.01.1998, (IV/34.801), *Flughafen Düsseldorf GmbH*, in GUCE L 173 del 18.06.1998, p. 45 ss.
- 27.08.2003, (COMP/ 37.685 GVG/FS).
- 24.03.2004, (COMP/C-3.37.792), Microsoft, C(2004) 900 final.
- 2005, DG Competition Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses.
- 10.01.2007, Comunicazione della Commissione - Indagine a norma dell'articolo 17 del regolamento (CE) n. 1/2003 nei settori europei del gas e dell'elettricità (Relazione finale), SEC(2006) 1724 COM/2006/0851 def.

**Elenco dei provvedimenti dell'Autorità Garante  
della concorrenza e del mercato.**

- 04.03.1992 (A-5), *3C Communication*, in *Bollettino* 1992, 5, pp. 10 ss.
- 17.03.1993 (A-11), *IBAR/Aeroporti di Roma*, in *Bollettino* 1993, 6, pp. 6 ss.
- 16.03.1994 (A-56), *IBAR/SEA*, in *Bollettino* 1994, 11, pp. 5 ss.
- 10.01.1995 (A-71), *Telsystem/Sip*, in *Bollettino* 1995, 1-2, pp. 10 ss.
- 02.03.1995 (A-61), *De Montis Catering/Aeroporti di Roma*, in *Bollettino* 1995, 9, pp. 5 ss.
- 27.04.1995 (A-65), *Sign/Stet-Sip*, in *Bollettino* 1995, 17, pp. 5 ss.
- 07.11.1996 (A-102), *Associazione Consumatori Utenti/Alitalia*, in *Bollettino* 1996, 45, pp. 5 ss.
- 19.12.1996 (A-178), *Albacom/Telecom Italia Circuiti Dedicati*, in *Bollettino* 1996, 51, pp. 38 ss.
- 17.12.1998 (A-209) n. 6697, *Goriziane/Fiat Ferroviaria*, in *Bollettino* 1998, 51, pp. 5 ss.
- 25.02.1999, (A-221) n. 6926, *Snam / Tariffe di Vettoriamento*, in *Bollettino*, 1999, 8, pp. 5 ss.
- 11.05.2000, (A-256) n. 8272, *Otis-Kone Italia-Schindler*, in *Bollettino* 2000, 19, pp. 5 ss.
- 27.04.2001 (A-285) n. 9472, *Infostrada/Telecom Italia – Tecnologia ADSL*, in *Bollettino* 2001, 16-17, pp. 5 ss.
- 21.11.2002, (A329) n. 11421, *Blugas – Snam*, in *Bollettino* 2002, 47, pp. 5 ss.
- 07.10.2004, (A329B) n. 13644, *Blugas – Snam*, in *Bollettino* 2004, 41, pp. 5 ss.
- 09.02.2005, (IC 22) n. 14031, *Indagine conoscitiva sullo stato di liberalizzazione dei settori dell'energia elettrica e del gas naturale*, in *Bollettino* 2005, 6, pp. 25 ss.
- 15.02.2006, (A 358) n. 15174, *Eni-Trans Tunisian Pipeline*, in *Bollettino*, 2006, 5, pp. 5 ss.
- 29.03.2006, (A-365) n. 15310, *Posta Elettronica Ibrida*, in *Bollettino* 2006, 13, pp. 5 ss.
- 20.12.2006, (A-366), n. 16250, *Comportamenti restrittivi sulla borsa elettrica*, in *Bollettino* 2006, 49, pp. 10 ss.
- 27.12.2006, (A-376) n. 16246, *Aeroporti di Roma-Tariffe aeroportuali*, apertura istruttoria, in *Bollettino* 2006, 49, pp. 25 ss.

03.01.2007, (AS-376) segnalazione *Consorzio Prosciutto di San Daniele*, in *Bollettino*  
51-52 del 2006, pp. 231 ss.

## **Elenco dei provvedimenti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas.**

200/99, G.U.R.I. serie generale n. 306 del 31.12.1999, s. o. n. 235.

42/99, G.U.R.I. serie generale n. 110 del 13.05.1999.

47/00, G.U.R.I. serie generale n. 90 del 17.04.2000.

236/00, G.U.R.I. serie generale n. 4 del 05.01.2001.

241/00, G.U.R.I. serie generale n. 4 del 05.01.2001.

95/01, G.U.R.I. serie generale n. 148 del 28.06.2001.

150/01, pubblicata sul sito internet dell'AEEG.

228/01, G.U.R.I. serie generale n. 297 del 22.12.2001, s.o. n. 277.

229/01, G.U.R.I. serie generale n. 287 del 11.12.2001.

91/02, G.U.R.I. serie generale n. 125 del 30.05.2002.

30/03, pubblicata sul sito internet dell'AEEG [www.autorita.energia.it](http://www.autorita.energia.it).

31/03, pubblicata sul sito internet dell'AEEG [www.autorita.energia.it](http://www.autorita.energia.it).

31/03, G.U.R.I. serie generale n. 105 del 08.05.2003.

164/03, G.U.R.I. serie generale n. 4 del 07.01.2004.

5/04, G.U.R.I. serie generale n. 83 del 08.04.2004, s.o. n. 62.

98/04, G.U.R.I. serie generale n. 161 del 12.07.2004.

290/05, G.U.R.I. serie generale n. 8 del 11.01.2006, s.o. n. 7.





## INTRODUZIONE

È ormai comunemente accettato che il libero accesso alle reti infrastrutturali rappresenti un presupposto necessario per un'effettiva concorrenza tra le imprese operanti nel mercato dell'offerta di energia in Europa.

Nella maggior parte degli Stati membri, le principali imprese operanti nei settori dell'elettricità e del gas naturale sono di proprietà pubblica o controllate da autorità pubbliche. Si tratta di imprese verticalmente integrate, sovente in posizione di monopolio sino all'avvio di una stagione di apertura dei mercati, determinata dall'entrata in vigore della normativa comunitaria di settore. Gli ex monopolisti, efficacemente definiti *incumbents*, si trovano tuttora in una posizione dominante, dovuta anche al controllo delle infrastrutture necessarie per l'accesso al mercato, in ogni sua fase e ad ogni suo livello.

La garanzia ad ogni operatore economico di utilizzare una data infrastruttura, indispensabile per l'accesso al mercato, è stata affermata dall'*essential facilities doctrine*, emersa nella giurisprudenza nordamericana, e poi importata in Europa dalla Commissione e dalle autorità nazionali di tutela della concorrenza.

La giurisprudenza americana, in particolare, ha ritenuto che costituisca violazione dello *Sherman Antitrust Act*<sup>1</sup> il diniego di accesso ad un'infrastruttura in presenza di quattro condizioni: 1) l'infrastruttura essenziale è controllata da un monopolista; 2) il concorrente si trova nell'impossibilità di duplicare l'infrastruttura essenziale; 3) il monopolista ha negato ad un concorrente di accedere all'infrastruttura; 4) l'accesso è tecnicamente o economicamente possibile<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> V. Sect. 2 *Sherman Antitrust Act* (e), Act of July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, cod. 15 U.S.C.

<sup>2</sup> Per un diffuso esame dell'*essential facilities doctrine*, v.: OECD, *The Essential Facilities Concept*, OCDE/GD(96)113, Parigi 1996.

In simili circostanze, la giurisprudenza comunitaria e la prassi applicativa della Commissione europea hanno affermato che il diniego di accesso costituisce abuso di posizione dominante, ed è vietato dall'art. 82 del Trattato CE.

La necessità di permettere l'utilizzo delle infrastrutture esistenti a tutti gli operatori è avvertita in tutti i c.d. "servizi a rete", ossia quei servizi la cui prestazione richiede l'utilizzo di un'infrastruttura. Tale necessità deriva dall'impossibilità o dall'estrema difficoltà di duplicare le infrastrutture per motivi economici, giuridici o tecnici: in particolare, oltre ai costi ingenti connessi alla costruzione, occorre considerare che sovente vi sono ostacoli e vincoli di carattere normativo o ambientale (si pensi alle ferrovie o ai porti) ovvero anche tecnologico, poiché vi è il concreto rischio che, nel lungo periodo necessario alla realizzazione dell'infrastruttura, la tecnologia utilizzata venga soppiantata da nuove invenzioni tecniche<sup>3</sup>.

Conseguentemente, tutte le norme settoriali di liberalizzazione, emanate dalla Comunità europea a partire dagli '90 per i mercati delle telecomunicazioni, dei trasporti aerei e ferroviari, delle poste e dell'energia, contemplano regole finalizzate all'apertura delle infrastrutture di rete ad imprese diverse da quelle che le detengono.

Esse solitamente hanno in comune due strumenti di attuazione della liberalizzazione: 1) l'introduzione di obblighi di separazione tra attività di gestione dell'infrastruttura ed attività di erogazione del servizio a rete (c.d. *unbundling*); 2) la previsione, con limitate eccezioni, di un diritto di accesso dei terzi alla rete, in base a tariffe eque e non discriminatorie (c.d. *third party access*).

Sovente, le misure più evolute di liberalizzazione affiancano a tali strumenti due ulteriori previsioni: in primo luogo, l'attribuzione di competenze regolatorie e di vigilanza ad autorità indipendenti, neutrali rispetto agli interessi

---

<sup>3</sup> Si pensi al servizio ADSL, destinato ad essere superato in tempi ormai brevi da nuove tecnologie che sfruttano reti senza fili (es. c.d. *wi-max*).

industriali, che spesso fanno capo proprio agli stessi Stati-imprenditori; in secondo luogo, la fissazione di quote massime di mercato, al superamento delle quali si applicano sanzioni generalmente consistenti nella cessione di rami d'azienda, salva l'applicazione delle regole di concorrenza.

Nel settore dell'energia, la Comunità ha introdotto un primo pacchetto di direttive organiche di liberalizzazione nella seconda metà degli anni '90. Tali norme, per ragioni di cui si darà conto in seguito, non conseguirono i risultati attesi: l'obiettivo di liberalizzare una fascia ampia del mercato, ossia quella degli utenti professionali (c.d. clienti idonei) non venne raggiunto ed i mercati continuarono ad essere dominati dagli *incumbents*, verticalmente integrati e sotto il controllo dei pubblici poteri. Del tutto marginale fu l'ingresso di nuovi operatori indipendenti, non proprietari delle infrastrutture di rete.

Il secondo pacchetto di direttive di liberalizzazione del mercato dell'energia, approvato nel 2003<sup>4</sup>, ha rafforzato le misure pro-concorrenziali già previste nel primo pacchetto, ampliando gli obblighi di separazione e precisando il diritto di accesso; esso ha altresì introdotto nuove misure complementari, tra cui soprattutto l'obbligo degli Stati membri di istituire autorità di regolazione indipendenti.

Neppure le nuove misure, tuttavia, hanno consentito di raggiungere l'ambizioso obiettivo dell'instaurazione del mercato interno dell'energia. Nella recente relazione conclusiva dell'indagine nei settori europei del gas e dell'elettricità, la Commissione europea sottolinea che gli scarsi risultati sono imputabili ai ritardi e alle carenze degli Stati nell'attuazione delle disposizioni del 2003; in particolare, la Commissione sottolinea l'approccio "minimalista" degli Stati nell'attuazione delle direttive.

---

<sup>4</sup> V.: Dir. 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 96/92/CE, in G.U.C.E. n. L 176 del 15/07/2003 pp. 37 ss.; Dir. 2003/55/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 98/30/CE, in G.U.C.E. n. L 176 del 15/07/2003 pp. 57 ss.

Dopo oltre tre anni dalla scadenza dei termini assegnati agli Stati per il recepimento delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE (il c.d. pacchetto accelerazione), il livello di integrazione raggiunta nei mercati energetici risulta insufficiente.

Secondo la Commissione europea, di fatto, si deve parlare non di un mercato interno, bensì di «25 mercati nazionali dell'energia»<sup>5</sup>. Tale considerazione, appare peraltro ampiamente confermata da copiosa giurisprudenza, relativa alle operazioni di concentrazione nei mercati dell'elettricità e del gas, in cui il giudice comunitario ha costantemente affermato l'esistenza di mercati separati, limitati al territorio di ciascuno Stato membro<sup>6</sup>.

Gli stessi mercati nazionali dell'energia, peraltro, soffrono spesso di un basso livello di concorrenza al proprio interno. Nel caso italiano, la posizione di assoluto dominio degli *incumbents* ENEL ed ENI è confermata da numerosi recenti provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Nel 2005, al termine di un'indagine conoscitiva sullo stato della liberalizzazione del settore del gas naturale, l'AGCM e l'Autorità per l'energia elettrica e il gas<sup>7</sup> hanno affermato quanto segue:

Eni, direttamente o attraverso società partecipate, è in grado di condizionare la gestione di tutte le infrastrutture di trasporto via tubo che adducono il gas importato in Italia e dell'unico terminale di GNL attualmente esistente [...]. Tale posizione conferisce ad Eni il potere di influenzare le dinamiche

---

<sup>5</sup> V.: N. KROES, *Towards an efficient and integrated European energy market – first findings and next steps*, European Commission Conference *Energy Sector Inquiry - Public Presentation of the Preliminary Findings*, Bruxelles 16.02.2006. N.B.: gli Stati membri sono successivamente divenuti 27, in seguito all'adesione di Bulgaria e Romania.

<sup>6</sup> V.: sent. Trib. I grado, 21.09.2005, in causa n. T87/05, *EDP Energias de Portugal SA c. Commissione*, Racc., 2005, p. II-3745.

<sup>7</sup> V.: AGCM, IC-22 *Stato della liberalizzazione dei settori dell'energia elettrica e del gas naturale*, provv. n. 14031 del 09.02.2005 (chiusura indagine), in *Bollettino* 2005, 6, pp. 25 ss.

concorrenziali sul mercato a valle della vendita, tramite una gestione poco trasparente delle infrastrutture<sup>8</sup>.

Simili considerazioni vengono svolte anche con riferimento al settore dell'energia elettrica, in un recente provvedimento dell'AGCM relativo a comportamenti restrittivi di ENEL sulla borsa elettrica<sup>9</sup>.

Si tratta di chiari esempi di situazioni in cui il controllo delle infrastrutture di rete permette all'operatore dominante, ex monopolista pubblico, di controllare anche il mercato derivato: nel caso di ENI quello dell'importazione del gas naturale; nel caso di ENEL quello della vendita di energia nella Borsa elettrica. In simili condizioni, sovente il gestore della rete energetica prende decisioni apparentemente ingiustificate o addirittura antieconomiche; in molti casi, tali scelte hanno l'obiettivo conseguenza di ostacolare la concorrenza e di riservare i mercati derivati alle attività collegate del gestore della rete, attraverso il diniego di accesso agli altri operatori.

Il presente elaborato si propone di esaminare la casistica di applicazione della dottrina delle *essential facilities* negli USA ed in Europa, al fine di valutare se essa possa costituire un valido strumento a disposizione della Commissione e delle autorità antitrust nazionali al fine di perseguire l'attuazione degli obiettivi di liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica e del gas. Tali mercati, infatti, sono caratterizzati dalla necessità di utilizzare determinate infrastrutture indispensabili per l'accesso al mercato.

Si cercherà, inoltre, di chiarire quali rapporti esistano, sul piano dogmatico ed applicativo, tra regole generali di concorrenza e regole settoriali di mercato.

---

<sup>8</sup> V.: *Indagine conoscitiva sullo stato della liberalizzazione del settore del gas naturale*, cit., pt. 91.

<sup>9</sup> V. AGCM, A-366 *Comportamenti restrittivi sulla borsa elettrica*, provv. 16250 del 20.12.2006, in *Bollettino* 2006, 49, pp. 10 ss.



PARTE PRIMA

L'ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE NELLA  
GIURISPRUDENZA AMERICANA ED EUROPEA



## CAPITOLO I

### ***L'Essential Facilities Doctrine* nella giurisprudenza americana.**

#### **1. Premessa**

La dottrina delle *essential facilities* (in seguito anche EFD) stabilisce che, in taluni casi e a certe condizioni, il proprietario o gestore di un'infrastruttura (o di una diversa risorsa) essenziale può essere obbligato a consentire ad un concorrente di accedere a tale infrastruttura.

La teoria, emersa nella giurisprudenza dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, è stata poi sviluppata dalla dottrina e dalla giurisprudenza anche in Europa, ed applicata in numerosi casi, molto eterogenei per tipo di infrastruttura e per attività economica in questione.

Si tratta, in generale, di uno sviluppo interpretativo del diritto della concorrenza, che prende spunto dall'art. 2 dello *Sherman Antitrust Act*, in vigore negli USA dal 1890, che vieta di «monopolizzare, o tentare di monopolizzare, o riunirsi o accordarsi segretamente con chiunque per monopolizzare qualsiasi parte del mercato o del commercio tra i vari Stati, o con nazioni straniere»<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> V. Sect. 2 *Sherman Antitrust Act* (traduzione non ufficiale dell'autore), Act of July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, codificato 15 U.S.C.; la lettura originale della sez. 2 è la seguente:

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$ 10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$ 350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the Court.

La *ratio* di tale norma, secondo la giurisprudenza americana<sup>11</sup>, consiste essenzialmente nell'evitare che un'impresa approfitti del proprio potere di mercato per ostacolare la concorrenza, attuale o potenziale, attraverso comportamenti economicamente non giustificabili o ragionevoli. Sovente, il potere di mercato è determinato proprio dal possesso di una risorsa o infrastruttura essenziale per l'accesso al mercato, nel senso che i concorrenti si trovano nell'impossibilità di duplicarla per ragioni naturali, economiche o giuridiche. In tali casi, l'EFD comporta il diritto per il concorrente di accedere all'infrastruttura essenziale dell'impresa dominante, la quale, per converso, è obbligata ad 'aprire' l'infrastruttura detenuta, applicando condizioni non discriminatorie e prezzi ragionevoli.

L'obbligo di contrattare stabilito dall'EFD si pone in evidente tensione con alcuni principi fondamentali. Il principio dell'autonomia contrattuale, che esiste, sotto diverse spoglie, in tutti gli ordinamenti democratici e lo stesso diritto di proprietà consentirebbero al titolare dell'*essential facility* di disporne liberamente. Nella casistica, peraltro, si assiste frequentemente ad un conflitto tra diritto di proprietà intellettuale e libero accesso all'*essential facility*.

Come si vedrà, ciò spiega la divisione netta della dottrina americana in due filoni principali. Una prima schiera, critica o per lo meno prudente<sup>12</sup>, tende ad argomentare che, sulla base di un principio generale dell'ordinamento, peraltro riconosciuto dalla Corte Suprema<sup>13</sup>, ciascuno è libero di negoziare con chi preferisce, ovvero di non negoziare affatto; perciò propone un ridimensionamento dell'applicazione della EFD, limitato a casi "molto eccezionali"<sup>14</sup>, specie qualora l'*essential facility* sia oggetto di un diritto di

---

<sup>11</sup> Commentata in seguito, par. 2 e ss.

<sup>12</sup> Per tutti, v.: P. AREEDA, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, in *Antitrust Law Journal*, 1989, vol. 58, pp. 841 ss.

<sup>13</sup> V.: U.S. Supreme Court, sent. *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 307 (1919).

<sup>14</sup> L'espressione "*very exceptional*" è di P. AREEDA, *Essential Facilities...*, cit.

proprietà intellettuale. Per converso, altri autori ne propongono una lettura più ampia, valorizzandone le esternalità positive<sup>15</sup>.

La dottrina delle *essential facilities* è stata applicata in un consistente numero di casi dai giudici statunitensi, e – come si vedrà *infra* – dalla Commissione europea, dalle autorità nazionali di tutela della concorrenza e dalla stessa Corte di giustizia. Sin dai primi anni del secolo scorso, le corti americane hanno riconosciuto che uno dei modi più pericolosi in cui un'impresa dominante possa usare la sua supremazia economica per accrescere il proprio potere di mercato, è utilizzare il controllo di un'infrastruttura o risorsa essenziale in un mercato per impedire il libero gioco della concorrenza in un altro mercato collegato, che dipenda da tale infrastruttura essenziale.

Nel caso *United States v. American Tobacco*<sup>16</sup> del 1911, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha evidenziato come la graduale acquisizione di controllo su tutte le risorse essenziali per la produzione di tabacchi lavorati fosse stata utilizzata dall'impresa monopolista quale strumento per ergere ostacoli insormontabili all'entrata di nuovi concorrenti sul mercato<sup>17</sup>.

In questo capitolo sarà esaminata la giurisprudenza americana saliente, al fine di precisare l'ambito di applicazione della teoria e di chiarirne i limiti con l'aiuto della casistica.

## **2. La sentenza *United States v. Terminal Railroad Ass'n of St. Louis***

---

<sup>15</sup> V.: R. PITOFKY, D. PATTERSON, J. HOOKS, *The essential facilities doctrine under U.S. Antitrust Law*, 2004, 1, pp. 157 ss.; S.W. WALLER, B.M. FRISCHMANN, *The essential nature of infrastructure or the infrastructural nature of essential facilities*, Chicago, 2007, fornito da Social Science Research Network, New York, <http://papers.ssrn.com>.

<sup>16</sup> V.: sentenza *United States v. American Tobacco Co.* della Corte Suprema USA, 221 U.S. 106 (1911).

<sup>17</sup> V. altresì: sentenza *Standard Oil Co. v. United States* della Corte Suprema USA, 221 U.S. 1 (1911); successivamente, della stessa Corte Suprema USA, v.: *United States v. Aluminium Co. of America*, 221 U.S. 106 (1911).

Nel 1915, dopo il citato caso *American Tobacco*, con la sentenza *United States v. Terminal Railroad Ass'n of St. Louis*<sup>18</sup>, la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America ha applicato per la prima volta l'*essential facilities doctrine*.

La controversia veniva introdotta nei confronti della *Terminal Railroad Association* di St. Louis, che comprendeva di 38 soggetti, principalmente operatori ferroviari, associatisi nel 1889 allo scopo di gestire alcune infrastrutture della rete ferroviaria in modo unitario. In seguito ad alterne vicende, l'associazione assumeva il controllo anche degli unici altri due sistemi ferroviari alternativi della città di St. Louis. In particolare, la *Terminal Railroad* aveva assunto il controllo degli unici due ponti sul fiume Mississippi. La Corte, in proposito, osservava:

The result of the geographical and topographical situation is that it is, as a practical matter, impossible for any railroad company to pass through, or even enter St. Louis, so as to be within reach of its industries or commerce, without using the facilities entirely controlled by the terminal company<sup>19</sup>.

L'acquisizione di un controllo unitario delle infrastrutture ferroviarie disponibili nella città di St. Louis veniva utilizzata dall'associazione convenuta come strumento per escludere potenziali concorrenti dal locale mercato dei servizi ferroviari. In particolare, secondo la corte americana, la previsione statutaria di un divieto di ammissione di altri operatori ferroviari alla proprietà ed al controllo delle infrastrutture dell'associazione costituisce una grave discriminazione nei confronti delle compagnie ferroviarie non associate. Vero è che il mercato del trasporto ferroviario è distinto da quello della gestione dei terminal, essendo il primo caratterizzato dall'attività dei vettori e il secondo da quella dell'amministratore della rete. Nondimeno, l'esclusione dei *carriers* dal

---

<sup>18</sup> V.: sentenza *United States v. Terminal Railroad Ass'n of St. Louis* della Corte Suprema USA, 224 U.S. 383 (1912).

<sup>19</sup> V.: *ivi*, pt. 397.

controllo dell'unica infrastruttura disponibile, nella misura in cui obbliga i vettori che intendono raggiungere St. Louis a servirsi delle infrastrutture dell'associazione, viene ritenuta dalla Corte Suprema «*discriminatory and extortionate*»<sup>20</sup>.

La Corte, in proposito, osserva come, in astratto, l'amministrazione unitaria di un sistema infrastrutturale non costituisce una restrizione del mercato e degli scambi, poiché, al contrario, tale concentrazione può essere di grande beneficio pubblico. Quando, tuttavia, le condizioni di uso dell'unica infrastruttura – essenziale per accedere alla città – sono discriminatorie poiché tendono ad escludere le imprese che non ne siano proprietarie, si ha una violazione delle sezioni 1 e 2 dello *Sherman Act*, in quanto le imprese riunite nella *Terminal Railroad Association* si sono accordate tra loro per restringere gli scambi, e hanno allo stesso tempo tentato di monopolizzare il mercato<sup>21</sup>.

Perciò la Corte Suprema non solo accertò la violazione della legge antitrust, ma stabilì anche i rimedi a carico della *Terminal Railroad Association*:

First. By providing for the admission of any existing or future railroad to joint ownership and control of the combined terminal properties, upon such just and reasonable terms as shall place such applying company upon a plane of equality in respect of benefits and burdens with the present proprietary companies. Second. Such plan of reorganisation must also provide definitely for the use of the terminal facilities by any other railroad not electing to become a joint owner, upon such just and reasonable terms and regulations

---

<sup>20</sup> V.: *ivi*, pt. 407.

<sup>21</sup> V.: *ivi*, pt. 409. La sezione 1 dello *Sherman Act* (1890) U.S.C. 15, cit., recita:

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$ 10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$ 350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

as will, in respect of use, character, and cost of service, place every such company upon as nearly an equal plane as may be with respect to expenses and charges as that occupied by the proprietary companies. Third. By eliminating from the present agreement between the terminal company and the proprietary companies any provision which restricts any such company to the use of the facilities of the terminal company. [...]<sup>22</sup>.

### 3. La sentenza *Associated Press v. United States*

Il caso *Associated Press*<sup>23</sup> riguarda una delle più importanti agenzie di stampa americane, che, costituita in forma di cooperativa, negli anni '40 essa riuniva oltre 1200 giornali americani.

Il Governo americano, che riteneva che l'*Associated Press*, attraverso proprie disposizioni statutarie, avesse proibito a tutti i suoi membri di vendere notizie a giornali che non fossero a loro volta membri della cooperativa medesima; ulteriori disposizioni statutarie, peraltro, attribuivano a ciascun membro il diritto di veto sulle deliberazioni riguardanti l'accesso alla cooperativa di concorrenti esterni.

In proposito, la Corte Suprema afferma:

The joint effect of these By-Laws is to block all newspaper non-members from any opportunity to buy news from A.P. or any of its publisher members. Admission to membership in A.P. thereby becomes a prerequisite to obtaining A.P. news or buying news from any-one of its more than twelve hundred publishers. The erection of obstacles to the acquisition of membership consequently can make it difficult, if not impossible for non-

---

<sup>22</sup> V.: *ivi*, pt. 411.

<sup>23</sup> V.: sentenza della Corte Suprema USA *Associated Press et al. v. United States*, 326 US 1 (1945).

members, to get any of the news furnished by A.P. or any of the individual members of this combination of American newspaper publishers<sup>24</sup>.

Snodo essenziale del ragionamento del giudice estensore Black è quello in cui viene esaminato l'argomento, proposto dalla *Associated Press*, del libero e legittimo esercizio del diritto di proprietà e dell'autonomia contrattuale. Sul punto, la sentenza recita:

It has been argued that the restrictive By-Laws should be treated as beyond the prohibitions of the Sherman Act, since the owner of the property can choose his associates and can, as to that which he has produced by his own enterprise and sagacity, efforts or ingenuity, decide for himself whether and to whom to sell or not to sell. While it is true in a very general sense that one can dispose of his property as he pleases, he cannot go beyond the exercise of this right, and by contracts or combinations, express or implied, unduly hinder or obstruct the free and natural flow of commerce in the channels of interstate trade<sup>25</sup>.

Similmente al caso *Terminal Railroad* sopra citato, la Corte Suprema osserva che, in astratto, lo statuto della *Associated Press* non viola lo *Sherman Antitrust Act*. Esso, tuttavia, può essere utilizzato come strumento per ostacolare o annullare la concorrenza; in tale caso non soccorre il principio di autonomia contrattuale. Al riguardo, nel prosieguo della sentenza viene evidenziato il trattamento discriminatorio cui sono sottoposti i giornali non aderenti all'agenzia di stampa:

It is obviously fallacious to view the By-Laws here in issue as insituting a program to encourage and permit full freedom of sale and disposal of

---

<sup>24</sup> V.: *ivi*, pt. 9.

<sup>25</sup> V.: *ivi*, pt. 14-15.

property by its owners. Rather, these publishers have, by concerted arrangements, pooled their power to acquire, to purchase and to dispose of news reports through the channels of commerce. They have also pooled their economic and news control power and, in exerting that power, have entered into agreements [...] plainly designed in the interest of preventing competition<sup>26</sup>.

La *concurring opinion* del giudice Frankfurter evidenzia efficacemente l'essenzialità dell'accesso alle informazioni in possesso della *Associated Press*, poiché quest'ultima, vista la sua importanza e la sua ramificazione territoriale, era l'unica fonte di informazioni in grado di acquisire notizie, che non potevano certamente essere altrimenti acquisite da singoli giornali concorrenti.

#### 4. La sentenza *United States v. Griffith*

Nel successivo caso *Griffith* del 1948<sup>27</sup>, i convenuti erano proprietari e gestori di un certo numero di sale cinematografiche in numerose città degli Stati Uniti. In alcune di queste città vi era concorrenza, con altri operatori presenti sul mercato in grado di offrire un servizio alternativo simile; in altre, invece, non vi erano sale concorrenti.

La tesi del Governo degli Stati Uniti era che i convenuti avessero violato gli articoli 1 e 2 dello *Sherman Antitrust Act*<sup>28</sup>, accordandosi tra loro nell'applicare ai distributori di film clausole restrittive della concorrenza. In particolare, era emerso che i *Griffith* obbligavano i distributori che intendevano raggiungere le città "chiuse", ossia quelle in cui non vi erano sale alternative, a stipulare contratti in cui veniva pattuita la distribuzione nelle sale dei convenuti

---

<sup>26</sup> V.: *ivi*, pt. 15-16.

<sup>27</sup> V.: sentenza della Corte Suprema USA *United States v. Griffith et al.*, 334 US 100 (1948).

<sup>28</sup> V.: *supra*, par. 1 e 2.

anche per le città concorrenziali. A causa dell'elevato numero di sale a loro disposizione, i convenuti avevano acquisito un potere di mercato che consentiva loro di offrire ai distributori di film un vero e proprio “pacchetto chiuso”, il c.d. *Griffith circuit*, composto da tutte le sale, senza possibilità di scelta per una o più di esse.

I giudici di merito non accolsero la tesi propugnata dal Governo, ritenendo che non fosse provato lo scopo, indicato dall'art. 2 dello *Sherman Act*, di monopolizzare il mercato o gli scambi tra gli Stati.

La Corte Suprema, tuttavia, cassò la sentenza di merito. Per ribaltare l'argomentazione del giudice distrettuale, la Corte Suprema affermò, anzitutto, l'irrilevanza della volontà dell'impresa, qualora sia comunque accertato che la conseguenza del comportamento dell'impresa convenuta consiste nella monopolizzazione del mercato ovvero nella distruzione dei concorrenti:

It is, however, not always necessary to find a specific intent to restrain trade or to build a monopoly in order to find that the anti-trust laws have been violated. It is sufficient that a restraint of trade or monopoly results as the consequence of a defendant's conduct or business arrangements<sup>29</sup>.

Anche in questo giudizio, la Corte si sofferma nel precisare che la mera situazione di mercato in cui si trovano i *Griffith* non costituisce, in astratto, una violazione delle regole di concorrenza. Siffatta violazione, tuttavia, discende dal comportamento dell'impresa sul mercato, poiché tale comportamento ha per oggetto o per effetto l'estensione del monopolio ovvero la distruzione dei concorrenti attuali o potenziali.

In proposito, nella sentenza si legge:

---

<sup>29</sup> V.: sentenza della Corte Suprema USA *United States v. Griffith et al.*, cit., pt. 105.

Anyone who owns and operates the single theatre in a town, or who acquires the exclusive right to exhibit a film, has a monopoly in the popular sense. But he usually does not violate 2 of the Sherman Act unless he has acquired or maintained his strategic position, or sought to expand his monopoly, or expanded it by means of those restraints of trade which are cognizable under 1<sup>30</sup>.

L'estensore, giudice Douglas, precisa inoltre:

Large-scale buying is not, of course, unlawful per se. It may yield price or other lawful advantages to the buyer. It may not, however, be used to monopolize or attempt to monopolize interstate trade or commerce<sup>31</sup>.

La pronuncia evidenzia, peraltro, la rilevanza della posizione di monopolio detenuta dal proprietario di una sala cinematografica in una città in cui non esistono sale concorrenti: il potere di mercato del monopolista, in tale caso, si accresce con l'aumentare del numero di città "chiuse" controllate all'interno della medesima regione. In questo caso, l'accesso alle sale del monopolista diviene essenziale per poter entrare nel mercato locale della distribuzione cinematografica<sup>32</sup>.

## 5. La sentenza *Otter Tail Power Co. v. United States*

Con la successiva pronuncia *Otter Tail Power* del 1973<sup>33</sup>, la Corte Suprema si pronuncia su un ricorso proposto da un operatore elettrico avverso

---

<sup>30</sup> V.: *ivi*, pt. 106.

<sup>31</sup> V.: *ivi*, pt. 108.

<sup>32</sup> V.: *ivi*, pt. 107.

<sup>33</sup> V.: sentenza della Corte Suprema USA *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366 (1973).

la pronuncia di un giudice distrettuale che aveva ravvisato la violazione degli articoli 1 e 2 dello *Sherman Antitrust Act*.

La *Otter Tail Power* aveva cercato di monopolizzare, anzi aveva di fatto monopolizzato la trasmissione e distribuzione di elettricità nella propria area di competenza, tentando di impedire che le città, in cui la propria licenza di distribuzione era prossima alla scadenza, la sostituissero, rivolgendosi ad altri fornitori di energia. In particolare, il giudice di merito ha ritenuto che i comportamenti scorretti della *Otter Tail Power* fossero: 1) aver rifiutato di vendere elettricità all'ingrosso a sistemi locali di distribuzione nelle città in cui aveva precedentemente la concessione di distribuzione; 2) aver rifiutato di concedere la propria rete di trasmissione per il transito dell'elettricità a tali sistemi di distribuzione locale; 3) avere intrapreso e coltivato un contenzioso artificioso al mero scopo di impedire o ritardare l'operatività di tali sistemi di distribuzione; 4) avere invocato disposizioni dei propri contratti di trasmissione con alcuni altri fornitori di elettricità per negare l'accesso alla propria rete ad altri fornitori dei suddetti sistemi di distribuzione locale.

Nel giudizio di merito, la corte distrettuale svolgeva un diffuso e articolato esame del rapporto tra regole di concorrenza e norme del settore elettrico, e concludeva che: 1) la *Otter Tail Power*, benché operante in un mercato disciplinato dal *Federal Power Act* e soggetto a regolazione di settore, di competenza di una specifica autorità (la *Federal Power Commission*), non deve ritenersi perciò esente dall'applicazione della normativa antitrust; 2) il *Federal Power Act* non può essere interpretato, né dal punto di vista sistematico né sotto il profilo storico, in modo da escludere l'applicazione delle regole di concorrenza; 3) la giurisdizione della corte distrettuale non contrasta con le competenze attribuite alla *Federal Power Commission*, poiché quest'ultima non ha potere in materia di accertamento e sanzione delle condotte anticoncorrenziali; 4) non vi è alcun conflitto attuale tra la giurisdizione della corte e la competenza della *Federal Power Commission*, in quanto quest'ultima non ha

provveduto in ordine ai fatti controversi; 5) la giurisdizione della corte consente di tutelare i diritti controversi senza pregiudizio del corretto adempimento degli obblighi di servizio pubblico che gravano sulla *Otter Tail Power*.

In seguito all'impugnazione della *Otter Tail Power*, la causa giungeva dinanzi alla Corte Suprema, la cui sentenza si apre con l'esame del mercato rilevante<sup>34</sup>. La *Otter Tail Power* fornisce elettricità a 465 città di tre Stati americani. In ciascuna di esse, la ricorrente opera in base ad atti di concessione di una durata compresa tra 10 e 20 anni; ogni città, potendo ospitare un solo sistema di distribuzione, costituisce un mercato di distribuzione e vendita al dettaglio dell'elettricità sottoposto a monopolio naturale. Il mercato geografico coincide con l'insieme delle città che costituiscono l'ambito territoriale di attività della *Otter Tail Power*; in tale territorio, la ricorrente compete per ottenere la licenza di distribuzione e vendita dell'elettricità. La quota di mercato della *Otter Tail Power* è del 91%, in quanto essa è concessionaria della distribuzione e vendita dell'elettricità in 465 città su 510 comprese nel mercato geografico.

Il giudice estensore Douglas, quindi, descrive i comportamenti oggetto della controversia<sup>35</sup>. Tra il 1945 ed il 1970, *Otter Tail Power* tenta di acquisire nuove concessioni municipali; in tale periodo, 12 città indicano procedure di gara per affidare il servizio di distribuzione e vendita al dettaglio dell'elettricità, allo scopo di sostituire l'operatore *Otter Tail Power* alla scadenza della concessione. In tre di queste città il servizio viene affidato ad altrettanti operatori municipalizzati, i quali, tuttavia, incontrano gravi difficoltà nell'adempiere i propri obblighi di servizio pubblico. Essi, infatti, debbono acquistare l'energia elettrica all'ingrosso; a tal fine, debbono accedere alle linee elettriche di trasmissione esistenti. Le uniche linee esistenti, però, sono

---

<sup>34</sup> V.: *ivi*, pt. 369-370.

<sup>35</sup> V.: *ivi*, pt. 370-372.

detenute dalla *Otter Tail Power*, la quale rifiuta sia di vendere direttamente l'elettricità all'ingrosso, sia di consentire il transito attraverso la propria rete dell'energia elettrica che gli operatori municipalizzati acquistavano da altri grossisti. A quest'ultimo proposito, inoltre, la *Otter Tail Power* invoca l'applicazione di clausole presenti nei propri contratti, che le permetterebbero di rifiutare alle città precedentemente servite l'uso della propria rete per il transito di elettricità.

Il principale argomento svolto dalla società ricorrente consiste nell'inapplicabilità delle regole di concorrenza all'attività nel settore elettrico. Siffatta attività, in tale prospettiva, sarebbe sottoposta alle norme di settore (il citato *Federal Power Act*), che attribuiscono a un'autorità di regolazione (la *Federal Power Commission*) poteri di vigilanza e sanzione. La *Otter Tail Power*, inoltre, eccepisce che l'apertura della propria rete al transito di elettricità acquistata all'ingrosso dagli operatori municipali impedirebbe il corretto adempimento di obblighi che la stessa compagnia elettrica avrebbe sottoscritto nei confronti di altri soggetti: la coattiva "apertura" della rete, in altre parole, metterebbe a rischio lo svolgimento del servizio pubblico, con conseguente pregiudizio degli utenti regolarmente collegati alla rete della *Otter Tail Power* in virtù di contratti stipulati consensualmente.

La Corte Suprema svolge sul punto una diffusa argomentazione, che conduce all'integrale conferma del provvedimento di merito. L'estensore prende spunto dalla giurisprudenza per affermare quanto segue:

Repeals of the antitrust laws by implication from a regulatory statute are strongly disfavoured, and have only been found in cases of plain repugnancy between the antitrust and regulatory provisions<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> V.: *ivi*, pt. 372.

La pronuncia, quindi, evidenzia l'illiceità del comportamento della ricorrente, la quale ha utilizzato la propria posizione dominante (rectius, di monopolio) per 'strozzare' il mercato dell'elettricità. In particolare, viene precisato come il potere di mercato, determinato dal possesso dell'unica rete di distribuzione locale, sia stato utilizzato dalla *Otter Tail Power* per mantenere la propria posizione di monopolio nel mercato della vendita al dettaglio dell'energia elettrica.

The records makes abundantly clear that Otter Tail used its monopoly power in the towns in its service area to foreclose competition or gain a competitive advantage, or to destroy a competitor, all in violation of the antitrust laws [...] The District Court determined that Otter Tail has “a strategic dominance in the transmission of power in most of its service area” and that it used this dominance to foreclose potential entrants into the retail area from obtaining electric power from outside sources of supply. [...] Use of monopoly power “to destroy threatened competition” is a violation of the “attempt to monopolize” clause of 2 of the Sherman Act<sup>37</sup>.

La Corte, inoltre, evidenzia come lo scopo illecito del rifiuto opposto dalla *Otter Tail Power* all'accesso alla propria rete emerga anche dall'assenza di legittime motivazioni tecniche od economiche<sup>38</sup>.

Quanto, infine, alle clausole contrattuali, invocate da *Otter Tail Power*, che permetterebbero di rifiutare l'accesso alla rete a quelle città che, essendo state concedenti del servizio, non abbiano rinnovato l'atto di concessione, la sentenza – confermando il ragionamento svolto dal giudice di merito – ne afferma la nullità. Si tratta, infatti, di accordi che, se interpretati nel senso eccepito dalla *Otter Tail Power*, costituirebbero patti di segmentazione territoriale del mercato, in violazione delle regole di concorrenza.

---

<sup>37</sup> V.: *ivi*, pt. 377.

<sup>38</sup> Cfr.: *ivi*, pt. 378 e 380-382.

## 6. La sentenza *MCI Communications Corp. v. AT&T*

Nel 1983 la Corte Suprema degli Stati Uniti conferma la sentenza resa dalla Corte del Settimo Circuito nel caso *MCI Communications*<sup>39</sup>. Si trattava di un'azione svolta contro la *AT&T*, all'epoca il maggiore operatore telefonico degli Stati Uniti, per il risarcimento del danno causato alla concorrente *MCI Communications* attraverso una serie di violazioni degli articoli 1 e 2 dello *Sherman Antitrust Act*<sup>40</sup>, tra cui l'applicazione di prezzi predatori, il diniego di interconnessione e la stipulazione in mala fede. Il giudizio di primo grado vede *AT&T* condannata al pagamento di 600 milioni di dollari a titolo di risarcimento del danno. La sentenza viene impugnata dinnanzi alla Corte di Appello del Settimo Circuito.

Per prima cosa, il giudice dell'impugnazione esamina l'eccezione svolta da *AT&T*, relativa all'immunità dell'appellante dall'applicazione delle regole di concorrenza. In proposito, la Corte afferma che la decisione di porre in essere le condotte controverse costituiva una scelta autonoma di *AT&T*, perciò occorre esaminare se l'impresa dominante sia in una posizione tale da controllare i prezzi o escludere la concorrenza.

Il giudice d'appello, mentre afferma che non è stata raggiunta la prova della contestata applicazione di prezzi predatori, ritiene di esaminare alla luce della *essential facilities doctrine* il rifiuto opposto dalla *AT&T* all'interconnessione di *MCI* con la propria rete telefonica. In proposito, nella sentenza si legge:

Such a refusal may be unlawful because a monopolist's control of an essential facility (sometimes called a "bottleneck") can extend monopoly power from

---

<sup>39</sup> V.: Court of Appeals for the 7th Circuit, sent. *MCI Communications Corp. V. AT&T*, 708 F.2d 1081, 1132 (7th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 891 (1983).

<sup>40</sup> V.: *supra*, par. 1 e 2.

one stage of production to another, and from one market into another. Thus, the antitrust laws have imposed on firms controlling an essential facility the obligation to make the facility available on non-discriminatory terms<sup>41</sup>.

Dopo aver citato la giurisprudenza della Corte Suprema sopra esaminata<sup>42</sup>, il giudice d'appello espone i quattro elementi necessari per stabilire la responsabilità di un'impresa in base alla *essential facilities doctrine*: 1) il controllo di una infrastruttura essenziale da parte di un monopolista; 2) la ragionevole impossibilità del concorrente di duplicare tale infrastruttura per motivi fisici o economici, ovvero a causa di ostacoli di altro tipo; 3) il diniego del monopolista di consentire l'accesso all'infrastruttura; 4) la possibilità di consentire siffatto accesso.

Applicando questa sorta di test al caso concreto, la Corte del settimo circuito osserva quanto segue. In primo luogo, l'AT&T ha il controllo totale delle reti telefoniche locali che MCI Communications ha richiesto. In secondo luogo, per l'impresa concorrente non sarebbe economicamente possibile duplicare tali reti telefoniche, visto l'enorme investimento necessario per realizzare la rete. In terzo luogo, AT&T ha negato ad un concorrente l'accesso a tale infrastruttura. In quarto ed ultimo luogo, deve ritenersi che non vi siano ragioni tecniche od economiche per negare tale accesso, che deve ritenersi pertanto possibile. Ciò induce il giudice a ritenere che la violazione dello *Sherman Antitrust Act* commessa da AT&T consista nell'uso del proprio potere economico sul mercato dei servizi telefonici locali al fine di impedire o distruggere la concorrenza in altri mercati.

La Corte pertanto conferma la sentenza di primo grado, per lo meno sotto il profilo dell'accertamento della violazione dell'art. 2 dello *Sherman Act* compiuta negando l'accesso ad una infrastruttura di rete essenziale.

---

<sup>41</sup> V.: *ivi*, pt. 1132.

<sup>42</sup> V.: *supra*, par. 2-5.

## 7. La sentenza *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Corp.*

Con la celebre pronuncia *Aspen Skiing* del 1985<sup>43</sup>, la Corte Suprema confermava la sentenza resa dalla Corte di Appello del Decimo Circuito in una controversia tra le due società di gestione delle stazioni sciistiche della nota località turistica di Aspen, nel Colorado. Per alcuni anni, le due società avevano offerto un unico servizio consistente nell'accesso alle piste sciistiche, commercializzando uno ski-pass 'multi-area' comprendente l'entrata alle tre piste della *Aspen Skiing* e alla quarta pista della *Aspen Highlands*. Le due società, sulla base di un contratto, stabilivano la modalità di ripartizione dei proventi derivanti dalla vendita degli ski-pass. Nel 1977, la *Aspen Skiing* decideva di interrompere il programma di commercializzazione, cominciando ad offrire uno ski-pass del tutto simile al precedente, che tuttavia contemplava unicamente l'accesso alle proprie tre piste. Inoltre, la *Aspen Highlands*, che continuava a vendere lo ski-pass multi-area, incontrava l'opposizione della concorrente, la quale rifiutava di offrire il servizio sulla base dei precedenti accordi.

La vertenza finiva dinanzi alla corte territoriale, la quale accoglieva la domanda della *Aspen Highlands*, dichiarando che il rifiuto di consentire l'accesso alle tre piste della *Aspen Skiing* fosse contrario all'art. 2 dello *Sherman Act*. La sentenza di primo grado veniva appellata dinanzi alla Corte del Decimo Circuito, che rigettava l'impugnazione sulla base di due argomenti: in primo luogo, lo ski-pass multi-area deve ritenersi una *essential facility*; in secondo luogo, la *Aspen Skiing*, rifiutando di continuare a commercializzare tale ski-pass, considerato anche il suo comportamento complessivo, ha tentato di creare o mantenere un monopolio.

---

<sup>43</sup> V.: U.S. Supreme Court, sent. *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).

La *Aspen Skiing* proponeva ricorso alla Corte Suprema, argomentando che nessuna impresa, neppure se in situazione di monopolio, ha il dovere di stipulare con un concorrente; l'argomentazione veniva svolta sia in relazione all'inesistenza di un obbligo di solidarietà tra imprese concorrenti, sia con riferimento al diritto del proprietario di scegliere le proprie controparti contrattuali, ovvero di scegliere di non stipulare affatto.

Sul punto, la Corte Suprema dichiarava di condividere in astratto l'argomentazione svolta dalla ricorrente; allo stesso tempo, però, affermava la necessità di esaminare se il rifiuto opposto dalla *Aspen Skiing* non dovesse assumere rilievo ai sensi dell'art. 2 dello *Sherman Act*. In tal senso, l'interruzione degli accordi relativi alla commercializzazione dello ski-pass multi-area potrebbe essere ritenuta parte di un comportamento complessivo tendente ad escludere un concorrente dal mercato. Al riguardo, la sentenza recita:

The absence of an unqualified duty to cooperate does not mean that every time a firm declines to participate in a particular cooperative venture, that decision may not have evidentiary significance, or that it may not give rise to liability in certain circumstances<sup>44</sup>.

Nell'esame della condotta della *Aspen Skiing* la Corte manifesta di ritenere che l'interruzione degli accordi commerciali intercorsi con la concorrente non avesse altro scopo se non quello di escludere *Aspen Highlands* dal mercato. In particolare, il rifiuto di consentire l'accesso alle proprie montagne con lo ski-pass multi-area appare privo di qualsiasi valida ragione economica. L'assenza di una “*valid business reason*” per il comportamento della *Aspen Skiing* conduce la Corte ad affermare:

---

<sup>44</sup> V.: *ivi*, pt. 601.

The record in this case comfortably supports an inference that the monopolist made a deliberate effort to discourage its customers from doing business with its smaller rival. [...] The evidence supports an inference that Ski Co. was not motivated by efficiency concerns and that it was willing to sacrifice short-run benefits and consumer goodwill in exchange for a perceived long-run impact on its smaller rival<sup>45</sup>.

### 8. La sentenza *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services*

Sin dagli anni '70, la *Kodak* aveva acquisito un'importante posizione di mercato nella produzione e vendita di fotocopiatrici ed apparecchi fotografici negli Stati Uniti. La stessa industria, peraltro, commercializzava pezzi di ricambio per le proprie macchine ed inoltre prestava il servizio di assistenza e riparazione. Negli anni '80, un certo numero di piccole imprese (definite "*Independent Service Organizations*") iniziarono ad operare nel mercato della vendita di parti di ricambio originali e dei servizi di assistenza. Tali imprese acquistavano le parti di ricambio direttamente dalla *Kodak*, ed offrivano prezzi più bassi ed un migliore servizio di assistenza e riparazione rispetto a quello prestato dalla stessa *Kodak*.

Quest'ultima, in risposta, iniziò ad adottare strategie limitative, rendendo sempre più difficile alle *Independent Service Organizations* il reperimento di parti di ricambio originali. In tal modo, la *Kodak* favoriva il proprio servizio di assistenza. Le *Independent Service Organizations* (ISO), quindi, intrapresero un'azione basata sugli artt. 1 e 2 dello *Sherman Antitrust Act*, deducendo fra l'altro che la *Kodak* aveva illegittimamente 'legato' il servizio di assistenza tecnica alla vendita di parti di ricambio delle sue macchine

---

<sup>45</sup> V.: *ivi*, pt. 610-611.

fotografiche e fotocopiatrici, e che aveva monopolizzato il mercato delle parti di ricambio e quello dei servizi di assistenza relativi a tali macchine.

La Corte distrettuale rigettò la domanda, ma la sentenza venne riformata dalla Corte di Appello del Nono Circuito. Tale giudice, infatti, ritenne che le ISO avessero fornito una prova sufficiente per consentire l'emanazione di un provvedimento sommario, poiché il comportamento della *Kodak* doveva ritenersi contrario allo *Sherman Act*. La sentenza di appello, peraltro, rigettò l'eccezione della *Kodak* in base alla quale la stessa presenza delle ISO sul mercato dimostrerebbe l'inesistenza di un monopolio o di una posizione dominante nel mercato delle parti di ricambio e dell'assistenza. In particolare, la *Kodak* riteneva che l'assenza di una posizione dominante nel mercato derivato delle componenti di ricambio e dell'assistenza comportasse, per ciò solo, l'impossibilità di contestare la violazione dell'art. 2 dello *Sherman Act*. In sostanza, tale argomento si basava su un'interpretazione in virtù della quale, in mancanza di una situazione di monopolio, non può essere compiuta la condotta vietata, consistente nel tentativo di monopolizzare il mercato.

La Corte Suprema, con sentenza dell'8 giugno 1992, confermò la pronuncia del giudice di appello<sup>46</sup>. A proposito della violazione dell'art. 1 dello *Sherman Act*, la Corte ritenne che le ISO avessero sufficientemente provato che in primo luogo l'assistenza e le componenti di ricambio erano due prodotti diversi e, in secondo luogo, che la *Kodak* aveva legato la fornitura di entrambi i prodotti, in modo che gli utenti non potessero acquistare separatamente le parti di ricambio dal servizio di assistenza.

Quanto alla ritenuta violazione dell'art. 2 dello *Sherman Act*, la Corte Suprema affermò che vi fosse una prova sufficiente della posizione dominante della *Kodak*; in particolare, le ISO dimostrarono che la *Kodak* controllava quasi il 100% del mercato delle parti di ricambio, ed una quota compresa tra l'80 e il 95% del mercato dell'assistenza, senza che vi fossero concrete alternative per

---

<sup>46</sup> V.: U.S. Supreme Court, sent. *Easman Kodak Co. v. Image Tech. SVCS.*, 504 U.S. 451 (1992).

gli utenti. La Corte manifestò di non condividere l'eccezione svolta dalla *Kodak*, in virtù della quale un'unica marca di un prodotto o di un servizio non potrebbe mai costituire un mercato rilevante. Sul punto, la sentenza, basandosi sulla giurisprudenza *Griffith*, affermò che la definizione del mercato rilevante deve essere effettuata con riferimento alle caratteristiche concrete del mercato medesimo; conseguentemente, non si può escludere a priori che il prodotto di una sola impresa costituisca un mercato rilevante, ma è necessario esaminare i prodotti presenti sul mercato e verificare se i consumatori dispongano di effettive alternative. In proposito, la Corte afferma:

Respondents have presented evidence that Kodak took exclusionary action to maintain its parts monopoly and used its control over parts to strengthen its monopoly share of the Kodak service market<sup>47</sup>.

### **9. La sentenza *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko***

Il caso *Trinko* nasce da una domanda risarcitoria proposta da un consumatore-utente nei confronti di un operatore telefonico attivo nello Stato di New York. La Verizon Communications, sino alla liberalizzazione intervenuta nel 1996, era l'unico operatore della rete telefonica nello Stato di New York. Il *Telecommunications Act* del 1996 obbligava la Verizon, come gli altri ex monopolisti locali (c.d. *incumbents*), a condividere le infrastrutture di rete con le nuove imprese operanti nel settore; la legge, in particolare, stabiliva obblighi di separazione a carico degli operatori del settore e, per i concorrenti emergenti sul mercato, il diritto di accesso alle reti telefoniche, al fine di fornire il servizio.

---

<sup>47</sup> V.: *ivi*, pt. 483.

Nel 1999, alcune imprese neo-concorrenti della Verizon segnalano alle Autorità di regolazione competenti alcune violazioni del *Telecommunications Act* commesse dall'impresa *incumbent*. La Public Service Commission dello Stato di New York e la Federal Communications Commission intervennero aprendo indagini separate, culminanti con un provvedimento sanzionatorio della prima e con un impegno formale a rimuovere le violazioni sottoscritto dalla Verizon al fine di evitare che la seconda emanasse sanzioni.

Successivamente, lo studio legale Trinko, cliente di un'impresa concorrente della Verizon, intraprendeva un'azione nei confronti di quest'ultima, al fine di ottenere l'accertamento della violazione dell'art. 2 dello *Sherman Act* ed il risarcimento del danno. L'argomento dell'attore consisteva nella prospettazione di una condotta della Verizon tendente a discriminare i concorrenti, disincentivando gli utenti a passare ad operatori telefonici concorrenti. L'attore, in proposito, deduceva di aver subito un pregiudizio nella qualità e continuità del servizio telefonico proprio a causa dei comportamenti anti-concorrenziali della Verizon accertati dalle autorità di regolazione.

La domanda giudiziale veniva dapprima respinta dalla Corte distrettuale e quindi accolta dalla Corte di appello.

La Corte Suprema, con sentenza del 13 gennaio 2004<sup>48</sup>, decideva di rigettare definitivamente la domanda proposta da Trinko.

La pronuncia, il cui estensore è il giudice Scalia, fornisce tre distinte statuizioni.

In primo luogo, il *Telecommunications Act* del 1996 non istituisce nuove regole di concorrenza nel settore; tale interpretazione viene ricollegata alla "clausola di salvezza" contenuta nella legge, in base alla quale il

---

<sup>48</sup> V.: U.S. Supreme Court, sent. *Verizon Communications Inc. V. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, No. 02-682 (2004).

*Telecommunications Act* non modifica, restringe né sostituisce l'applicazione delle norme generali di concorrenza.

In secondo luogo, i comportamenti dedotti dallo Studio Legale Trinko non costituiscono violazione delle regole antitrust; in proposito, la Corte osserva come nei precedenti giurisprudenziali sia stata affermata la violazione dell'art. 2 dello *Sherman Act* solo in caso di interruzione di un rapporto contrattuale consensualmente costituito. Il giudice Scalia, in particolare, si riferisce al caso *Aspen Skiing*, per differenziarlo dal caso *Trinko*, sostenendo che nel secondo non vi sarebbe alcuna relazione contrattuale tra la Verizon e l'attore; inoltre, a differenza del caso *Aspen Skiing*, non vi sarebbe un diniego di accesso ad una infrastruttura essenziale, perciò neppure attraverso l'applicazione dell'*essential facilities doctrine* si potrebbe affermare la responsabilità della Verizon. Al riguardo, la pronuncia osserva come la legge del 1996 assicuri l'accesso alle infrastrutture di rete nel settore delle telecomunicazioni. Ne conseguirebbe l'impossibilità di invocare la dottrina delle *essential facilities*.

In terzo luogo, il giudice Scalia si richiama alla giurisprudenza *United States v. Colgate*<sup>49</sup> per affermare che la regola generale per cui ciascuno è libero di contrattare con chi preferisce, senza obbligo di aiutare i concorrenti, non può conoscere una deroga nel caso *Trinko*, dovendosi applicare piuttosto le regole settoriali esistenti nel mercato delle telecomunicazioni. In particolare, la Corte rileva che la Verizon era stata sottoposta a due separate procedure intraprese dalle Autorità di regolazione, con l'imposizione di oneri e sanzioni. In casi simili, a parere del giudice estensore, esistendo una normativa di regolazione settoriale, non vi sarebbe alcun beneficio aggiuntivo alla concorrenza per effetto dell'applicazione delle regole antitrust: per tale motivo, non si giustificerebbe un ulteriore scrutinio di comportamenti già sanzionati in altra sede.

---

<sup>49</sup> V.: U.S. Supreme Court, sent. *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 307 (1919).

La sentenza, che come si dirà in seguito è criticabile sotto vari aspetti, si pone in apparente contrasto con alcune delle pronunce rassegnate. In particolare, sin d'ora si può osservare come l'ultima delle tre statuizioni della Corte Suprema si evidenzi per la sua novità rispetto alla giurisprudenza *Otter Tail Power*<sup>50</sup>. Essa comunque non confuta l'esistenza della *essential facilities doctrine*, limitandosi a negarne l'applicazione nel caso di specie. Appare peraltro opportuno rilevare come la *concurring opinion* del giudice Stevens rimarchi essenzialmente l'infondatezza della domanda giudiziale, poiché lo Studio Legale Trinko, in effetti, non aveva fornito alcuna precisa dimostrazione del nesso eziologico tra la condotta della Verizon ed il danno patito. A sostegno della decisione del giudice Scalia, la *concurring opinion* si sofferma sulle peculiarità del giudizio di specie, rilevando che non si tratta di una vertenza tra due imprese concorrenti, bensì della richiesta di danni presentata da un utente nei confronti di un'impresa con la quale costui non aveva alcuna relazione contrattuale. In altre parole, la decisione raggiunta poteva anche fondarsi semplicemente sulla carenza della prova necessaria per l'accoglimento della domanda risarcitoria, dal momento che il danno prospettato poteva derivare sia dal comportamento della Verizon, sia da inadempimenti contrattuali del diverso fornitore prescelto dallo Studio Legale Trinko.

#### **10. La sentenza *Gregory v. Fort Bridger Rendezvous Association***

Il contesto in cui s'inserisce il caso *Gregory v. F.B.R.A.*<sup>51</sup> è l'organizzazione dell'evento *Rendezvous*, una rievocazione storica che ricorda le fiere dei commercianti di pelli tra il 1825 e il 1840 nello Stato del Wyoming. All'evento potevano partecipare espositori che vendessero articoli tipici

---

<sup>50</sup> V.: *supra*, par. 5.

<sup>51</sup> V.: U.S. Court of Appeals 10th Circuit, sent. *Sandy Gregory et al. v. Fort Bridger Rendezvous Association*, No. 04-8100 (2006).

dell'epoca oppure merci nuove realizzate secondo i metodi del XIX secolo. Richard e Sandy Gregory, sin dalle prime edizioni del *Rendezvous*, erano tra i principali venditori di articoli in stile. La F.B.R.A., associazione non lucrativa, aveva ricevuto dalle autorità statali il diritto esclusivo di organizzare l'evento, decidendo fra l'altro quali commercianti ammettere alla fiera. In proposito, l'Associazione, composta da circa 90 membri, in maggioranza commercianti a loro volta, disponeva di una certa discrezionalità nell'accoglimento delle domande provenienti da commercianti che intendessero partecipare alla fiera con un proprio stand espositivo. La F.B.R.A., al fine di regolamentare il proprio operato, aveva stabilito di rinnovare *de plano* le autorizzazioni rilasciate a commercianti che avevano già partecipato a precedenti edizioni, e di accogliere le domande dei nuovi espositori, nei limiti degli spazi disponibili, secondo l'ordine di presentazione delle istanze. I Gregory, che avevano sempre avuto un grande stand nella fiera pur non essendo membri della F.B.R.A., esponevano alla Corte distrettuale di aver subito, a partire dagli anni '90, una serie di comportamenti anticoncorrenziali da parte dell'Associazione, culminati nella loro esclusione dall'evento nel 2002. Dopo aver perso il giudizio di primo grado, i Gregory proponevano appello alla Corte del decimo circuito, esponendo che la F.B.R.A. avrebbe violato gli artt. 1 e 2 dello *Sherman Act*, boicottando la loro impresa e monopolizzando il mercato.

La Corte di appello riformò la sentenza di primo grado, nella parte in cui quest'ultima escludeva la configurabilità di una violazione dell'art. 1 dello *Sherman Act* da parte della F.B.R.A.. In proposito, il giudice del gravame riteneva che l'Associazione, pur essendo giuridicamente un soggetto unitario, potesse senz'altro concludere accordi restrittivi della concorrenza, vietati dallo *Sherman Act*. Infatti, la F.B.R.A. raggruppava un certo numero di commercianti, i quali, sotto lo schermo dell'Associazione, avrebbero potuto nascondere un cartello volto a stabilire i prezzi o limitare altrimenti la concorrenza.

Nonostante questa statuizione, il giudice d'appello respingeva per il resto la domanda dei Gregory, ritenendo che costoro non avessero provato che l'esclusione dalla fiera fosse stata deliberata allo scopo di favorire i membri della F.B.R.A.. Vi sarebbero stati, al contrario, elementi di segno opposto, tra cui prove del fatto che gli spazi espositivi precedentemente attribuiti ai Gregory sarebbero stati concessi a commercianti non associati.

Quanto inoltre alla dedotta violazione dell'art. 2 dello *Sherman Act*, la Corte del decimo circuito, dopo aver ricordato i tratti salienti dell'*essential facilities doctrine*, evidenziava gli elementi che i Gregory avrebbero dovuto dimostrare in giudizio:

In order to establish antitrust liability based on the essential facilities doctrine, a plaintiff must show: 1) control of the essential facility by a monopolist; 2) competitor's inability to duplicate the facility; 3) denial of the use of the facility to a competitor; and 4) the feasibility of providing the facility. [...] The Gregorys do not attempt to satisfy the above elements, they merely make the conclusory allegation that the space at the Rendezvous is essential to selling replica pre-1840 goods. We therefore decline to address this argument, especially since it is not apparent on its face that the Gregorys cannot sell their goods elsewhere<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> V.: sent. *Sandy Gregory et al. v. Fort Bridger Rendezvous Association*, cit., pt. 16.



## CAPITOLO II

### ***L'Essential Facilities Doctrine* nella giurisprudenza comunitaria e nazionale.**

#### **1. Premessa.**

Nell'esaminare la giurisprudenza comunitaria, occorre preliminarmente ricordare come la dottrina delle *essential facilities* non abbia tuttora trovato un esplicito riconoscimento nelle sentenze della Corte di giustizia, sebbene in varie cause gli Avvocati Generali vi abbiano fatto ampio riferimento<sup>53</sup>.

Al di là del dato letterale o semantico, la giurisprudenza comunitaria non confuta la dottrina delle *essential facilities* ed anzi, pur se con una certa cautela, pare farvi riferimento.

Come si vedrà di seguito, il giudice comunitario, in numerosi casi in cui era controversa l'applicazione dell'art. 82 CE, ha affermato che abusa della propria posizione dominante l'impresa che, essendo titolare di una infrastruttura essenziale, neghi ingiustificatamente ad un concorrente (attuale o potenziale) l'accesso a tale infrastruttura. Ciò, in concreto, è il teorema dell'*essential facilities doctrine*, anche se, per descrivere l'abuso, la giurisprudenza comunitaria si riferisce, più in generale, al *refusal to supply* o abuso di natura escludente.

---

<sup>53</sup> V., in particolare: Concl. Avv. gen. Jacobs del 28.05.1998, in causa C-7/97, *Bronner*, Racc., 1998 p. I-7794 ss. Altri riferimenti alla dottrina delle *essential facilities* si rinvengono nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano del 02.10.2003, in causa C-418/01, *IMS Health*, Racc., 2004, p. I-5039 ss., nonché nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Poiares Maduro del 14.07.2004, in causa C-109/03, *KPN Telecom*, Racc., 2004, p. I-11273 ss.

Il prudente atteggiamento del giudice comunitario si riscontra non solo quando questo è chiamato a pronunciarsi su questioni pregiudiziali sollevate dai giudici nazionali, ma anche nei casi in cui è chiamato a sindacare, ai sensi dell'art. 230 CE<sup>54</sup>, la legittimità di una decisione in cui la Commissione ha, invece, fatto esplicito riferimento alla dottrina delle *essential facilities*.

La casistica nazionale è almeno altrettanto vasta della prassi applicativa della Commissione. Si è scelto, pertanto, di menzionare soltanto alcuni casi più recenti. Peraltro, il *case study*, contenuto nella seconda parte del presente elaborato, si riferisce proprio ad un provvedimento dell'AGCM relativo al settore dell'energia.

La casistica europea, comunitaria e nazionale, come quella statunitense, evidenzia la tensione tra le contrapposte esigenze fondamentali della tutela della proprietà e dell'apertura dei mercati.

Da un lato, la libertà d'impresa è affermata dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea per rinvio al diritto comunitario e agli ordinamenti nazionali<sup>55</sup>; tra questi, l'ordinamento italiano, come noto, nell'assicurare la libertà dell'iniziativa economica privata, stabilisce che essa non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale<sup>56</sup>.

Dall'altro, il diritto di proprietà, costituzionalmente garantito, può essere soggetto ad espropriazione per pubblica utilità e a limitazioni di tipo diverso. In proposito, l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali stabilisce che

---

<sup>54</sup> Sulle azioni ai sensi dell'art. 230 CE, v.: P. BIAVATI, *Diritto Processuale dell'Unione Europea*, Milano, III ed. 2005, pp. 63 ss.; L.N. BROWN-T. KENNEDY, *The Court of Justice of The European Communities*, London, 2000, pp. 223 ss; G. DE BURCA-J.H.H. WEILER (editors), *The European Court of Justice*, Oxford, 2001, pp. 121 ss.

<sup>55</sup> V.: art. 16 della Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza il 07.12.2000, in G.U.C.E. C 364 del 18.12.2000, p. 1 ss., che recita:

È riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali.

<sup>56</sup> L'art. 41 della Costituzione italiana recita:

L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

«l'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale»<sup>57</sup>.

In senso conforme, il terzo comma dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali recita:

Le disposizioni precedenti non ledono il diritto degli Stati di applicare quelle leggi che giudicano necessarie per disciplinare l'uso dei beni in relazione all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri tributi o ammende.

Inoltre, secondo la nostra Costituzione, la legge «determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti».

La tensione esistente tra EFD e i sopra citati diritti fondamentali, tuttavia, non può essere risolta – come si vedrà *infra* – con la semplice affermazione della prevalenza del diritto di proprietà ovvero della libertà d'iniziativa economica. Al contrario, la stessa lettura delle norme internazionali, comunitarie e costituzionali sopra citate suggerisce che tali diritti non sono oggetto di una protezione assoluta, in modo che ne sia assicurata la prevalenza su ogni altro diritto o valore eventualmente contrapposto.

Al riguardo, anzi, occorre osservare come la concorrenza costituisca un vero e proprio bene giuridico tutelato dall'ordinamento comunitario e dagli ordinamenti nazionali degli Stati europei al più alto livello.

---

<sup>57</sup> V.: art. 17 della Carta dei diritti fondamentali, *cit.*; v. altresì: art. 1 co. 3 del Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata con L. 04.08.1955 n. 848, che recita: «*Le disposizioni precedenti non ledono il diritto degli Stati di applicare quelle leggi che giudicano necessarie per disciplinare l'uso dei beni in relazione all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri tributi o ammende*».

Ciò spiega il perché la giurisprudenza abbia assunto, in tale materia, un ruolo essenziale.

È necessario, infatti, non semplicemente affermare in chiave meramente gerarchica la prevalenza di un valore (come la proprietà) su un altro (come la concorrenza), bensì ponderare in concreto due diritti contrapposti, ugualmente tutelati, senza sottoporre nessuno dei due ad un eccessivo od ingiustificato sacrificio.

## **2. Il caso *Commercial Solvents Corporation***

La sentenza *Commercial Solvents* del 1974 viene considerata la prima pronuncia della Corte di giustizia in materia di *essential facilities doctrine*, anche se il riferimento a tale teoria non è espresso testualmente.

L'Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A., società italiana controllata dall'americana *Commercial Solvents Corporation*, era monopolista nella produzione di una materia prima (l'aminobutanolo) indispensabile per produrre alcuni farmaci antitubercolari (segnatamente l'etambutolo). Dopo aver fornito tale materia prima all'industria farmaceutica Zoja per quattro anni, l'Istituto Chemioterapico Italiano dichiarava la propria impossibilità di proseguire la fornitura.

La Zoja, quindi, presentava una denuncia alla Commissione, che, con decisione del 14 dicembre 1972, statuiva che la *Commercial Solvents* e l'Istituto Chemioterapico, cessando la fornitura dell'aminobutanolo, indispensabile per la produzione dell'etambutolo, avevano violato l'art. 86 (ora art. 82) CE; contestualmente, la Commissione ordinava di cessare la violazione accertata ed applicava alle due società un'ammenda<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> V.: Decisione della Commissione del 14.12.1972, in GU 1972, n. L 299, p. 51 e ss.

La Corte di giustizia, adita per l'annullamento della decisione, enfatizzava come l'interruzione della fornitura fosse da collegarsi all'intenzione della *Commercial Solvents* di entrare sul mercato derivato, favorendo la propria produzione rispetto a quella della Zoja, in tal modo divenuta concorrente sul mercato dei farmaci antitubercolari.

La Corte, nel confermare la decisione della Commissione osservava:

La CSC ha deciso di limitare, se non di cessare completamente, le proprie forniture di nitropropano e di aminobutanolo a terzi. Lo scopo di un simile provvedimento è quello di facilitare alla CSC medesima l'ingresso sul mercato dei prodotti finiti. Poiché però la CSC detiene una posizione dominante sul mercato delle materie prime e di conseguenza controlla le forniture ai fabbricanti di prodotti finiti, la decisione di intraprendere essa stessa la produzione dei prodotti finiti in concorrenza con coloro che prima erano i suoi clienti non la legittima ad eliminare, sfruttando la propria posizione dominante, la concorrenza di questi ultimi, né, in particolare, ad eliminare dal mercato uno dei maggiori produttori d'etambutolo nell'ambito della CEE.

Posto che un simile comportamento è contrario agli obiettivi enunciati dall'art. 3 lett. [g]), e più esplicitamente definiti dagli artt. [81] e [82] del trattato, il detentore di una posizione dominante sul mercato delle materie prime che, nell'intento di riservare tali materie prime alla propria produzione di prodotti finiti, rifiuta di rifornire un proprio cliente, anch'esso fabbricante di prodotti finiti, col rischio di eliminare del tutto dal mercato il cliente e concorrente, ai sensi dell'art. [82] sfrutta in modo abusivo la propria posizione dominante<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> V.: Corte di giustizia CE, sentenza 06.03.1974, *Istituto Chemioterapico Italiano SpA e a. c. Commissione (Commercial Solvents)*, in cause riunite C-6 e C-7/73, Racc., 1974, p. 223 ss., pp. 24-25.

### 3. Il caso *London European – Sabena*

Nella decisione *London European – Sabena*<sup>60</sup>, la Commissione esaminava una denuncia presentata da un vettore aereo privato inglese nei confronti della compagnia di bandiera belga per abuso di posizione dominante.

La Commissione osservava che, oltre all'attività di vettore aereo, Sabena prestava altri servizi diversi dal trasporto, in particolare il servizio di assistenza a terra degli aerei e il servizio telematico di prenotazione, denominato *Saphir*.

Nel 1987, *London European Airways* iniziava a prestare un servizio di trasporto aereo sulla rotta Londra Luton – Bruxelles. Il prezzo praticato dal vettore inglese era pari alla metà della tariffa di Sabena. Temendo il consolidamento della posizione di mercato del concorrente, Sabena decideva di applicare a *London European* un prezzo discriminatorio per consentire di accedere al servizio *Saphir*; la compagnia belga, inoltre, con una serie di lettere, manifestava al vettore inglese l'intenzione di legare l'accordo sull'accesso al *Saphir* alla stipulazione di un contratto di handling, mediante il quale l'operatore concorrente acquistasse i servizi aeroportuali offerti da Sabena. In data 31 marzo 1987 Sabena comunicava a *London European* il rifiuto di accesso al *Saphir*, motivato proprio dalla mancata stipulazione del contratto di *handling*.

Nel definire il mercato rilevante, la Commissione premetteva che esso deve identificarsi con il mercato belga dell'offerta di servizi di prenotazione telematica di posti aerei. Sabena, infatti, commercializza l'accesso ad un sistema di prenotazione, che viene utilizzato da tutte le compagnie operanti nell'aeroporto di Bruxelles, tranne due. Il *Saphir* viene considerato essenziale per l'accesso al mercato connesso del servizio di trasporto aereo sulla linea

---

<sup>60</sup> V.: Decisione della Commissione del 04.11.1988 (IV/32.318, *London European – Sabena*) 88/589/CEE, in GU n. L 317 del 24.11.1988, pp. 47 ss.

Luton-Bruxelles per tutte le compagnie aeree che, intendendo porsi in concorrenza con l'operatore dominante Sabena, non ricorrano alle prenotazioni telefoniche, troppo costose se il volume delle prenotazioni sale oltre un numero esiguo.

Pertanto, nonostante la quota di mercato di Saphir fosse pari al 47%, nel senso che tale era la percentuale dei posti sui voli Bruxelles-Luton prenotati con quel sistema, la Commissione riteneva che Sabena occupasse una posizione dominante sul mercato belga dell'offerta dei servizi di prenotazione telematica dei posti aerei.

Quanto all'abuso di posizione dominante, la Commissione ritenne che Sabena avesse commesso tre distinti tipi di illecito.

In primo luogo, essa aveva fissato una tariffa discriminatoria ed eccessivamente elevata, al fine di imporre al concorrente un aumento artificioso delle proprie tariffe.

In secondo luogo, pur senza richiamarsi all'*essential facilities doctrine*, la Commissione affermava quanto segue:

Il comportamento della Sabena può altresì essere interpretato come volontà di limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico a scapito dei consumatori (articolo [82] lettera b), in quanto il rifiuto della Sabena avrebbe potuto determinare l'abbandono, da parte della London European, del progetto di apertura di una linea aerea tra Bruxelles e Luton<sup>61</sup>.

In merito, infine, alla terza fattispecie di abuso, la Commissione riteneva ingiustificato il legame imposto da Sabena a due servizi tra loro indipendenti (c.d. *tying*).

In proposito, nella decisione si legge:

---

<sup>61</sup> V.: *ivi*, p. 52.

I due contratti, Saphir e Handling, non presentano tra di loro un nesso: il contratto di prenotazione telematica di posti aerei mira a consentire alle agenzie di viaggio di procurare senza indugio e alle migliori condizioni le prestazioni di rasporto ai passeggeri. Il contratto di handling ha ad oggetto l'assistenza degli aerei a terra. Uno dei motivi del rifiuto della Sabena risiede quindi indubabilmente nel fatto che la conclusione del contratto Saphir è stata subordinata alla conclusione, da parte della London European, di un contratto di Handling il quale non ha alcun nesso con l'oggetto del primo contratto. Tale comportamento costituisce dunque una pratica abusiva direttamente contemplata dell'articolo [82], lettera d)<sup>62</sup>.

La Commissione, quindi, dopo aver accertato che la cessazione della condotta abusiva, imponeva una sanzione a carico di Sabena.

#### 4. Il caso *British Midland/Aer Lingus*

Anche la successiva decisione *British Midland/Aer Lingus*<sup>63</sup>, è relativa ad una denuncia presentata da un vettore aereo indipendente, *British Midland*, società inglese privata partecipata dalla SAS, nei confronti della compagnia di bandiera irlandese *Aer Lingus*.

A partire dal 1990, *Aer Lingus* iniziava a negare al concorrente l'*interlining*, pratica estremamente diffusa nel settore e consistente nella sostituzione dei biglietti viaggio tra diversi vettori aerei. In particolare, ciò non consentiva ai passeggeri, che avessero acquistato un biglietto *British Midland* sulla linea Londra Heathrow – Dublino, di volare invece con l'altro vettore.

In tale decisione, la Commissione, dopo aver esaminato dettagliatamente il mercato rilevante, affermò che esso dovesse coincidere con

---

<sup>62</sup> V.: *ivi*, pt. 52.

<sup>63</sup> V.: Decisione della Commissione del 26.02.1992 (IV/33.544, *British Midland / Aer Lingus*) 92/213/CEE, in GU n. L 96 del 10.04.1992, pp. 34 ss.

i mercati della fornitura del trasporto aereo Londra Heathrow – Dublino e della vendita del trasporto aereo Londra Heathrow – Dublino sia in Irlanda che nel Regno Unito<sup>64</sup>.

Su tale mercato, la quota detenuta da *Aer Lingus* era pari al 75% dei passeggeri.

In merito all'abuso, la Commissione, pur omettendo un testuale riferimento all'*essential facilities doctrine*, riportava in sostanza un evidente richiamo alla giurisprudenza nordamericana, in particolare alla citata sentenza *Aspen Skiing*<sup>65</sup>:

Il rifiuto di autorizzare nuovi interlining o la revoca di quelli esistenti possono entrambi, a seconda delle circostanze, ostacolare il mantenimento o lo sviluppo della concorrenza. Se esista un obbligo di interlining dipende dagli effetti sulla concorrenza del relativo rifiuto. L'obbligo esiste in particolare quando il rifiuto o la revoca di interlining da parte di una compagnia in posizione dominante può avere un impatto significativo sulla capacità dell'altra compagnia di iniziare un nuovo servizio o mantenere un servizio esistente a causa degli effetti che il rifiuto o la revoca possono avere sui costi e sulle entrate di quest'ultima compagnia aerea relativamente al servizio in causa e quando la compagnia in posizione dominante non può dare alcuna giustificazione obiettiva sul piano commerciale per il suo rifiuto (ad esempio, dubbi sulla solvibilità) diversa dal suo desiderio di non aiutare quel singolo concorrente. È improbabile che tale giustificazione possa esistere quando la compagnia in posizione dominante esclude una compagnia con la quale effettuava precedentemente l'interlining – dopo che quest'ultima compagnia ha cominciato a farle concorrenza su una rotta importante – ma continua ad effettuare l'interlining con altri concorrenti<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> V.: *ivi*, pt. 38. Si noti che la Commissione ha valutato in modo estremamente preciso il grado di sostituibilità del servizio di trasporto controverso (Londra Heathrow – Dublino) con servizi alternativi, che collegassero Dublino con altri aeroporti della città di Londra.

<sup>65</sup> V.: *supra*, paragrafo n. 7.

<sup>66</sup> V.: Decisione della Commissione *British Midland / Aer Lingus*, cit., pt. 26.

In merito all'impatto del rifiuto dell'*interlining*, la Commissione osservava:

È certo vero che la strategia di Aer Lingus non ha avuto l'effetto di allontanare British Midland dalla rotta e che British Midland è riuscita a conseguire una frequenza ragionevole ed una notevole quota di mercato. È anche vero che il rifiuto di *interlining* non impedisce del tutto a British Midland di attrarre i viaggiatori per affari [...]. Tuttavia, qualora Aer Lingus avesse continuato ad effettuare l'*interlining*, British Midland avrebbe dovuto affrontare costi minori, avrebbe registrato maggiori entrate, i suoi servizi sarebbero stati più attraenti per i suoi passeggeri e sarebbe diventata una concorrente più forte e più di successo di quanto lo sia attualmente. [...] La legittimità del rifiuto all'epoca in cui è stato applicato non può dipendere dal fatto che il concorrente abbia in seguito voluto o sia stato in grado di rimanere sulla rotta malgrado gli svantaggi impostigli<sup>67</sup>.

Appare, infine, non trascurabile la circostanza che i prezzi praticati dai due vettori sulla linea controversa fossero essenzialmente identici.

La Commissione, quindi, ordinava ad *Aer Lingus* di cessare la condotta abusiva, contestualmente applicando un'ammenda di 750.000 ECU.

## 5. Il caso *Sea Containers/Stena Sealink*

Il successivo caso *Sea Containers/Stena Sealink*<sup>68</sup> prende spunto da una denuncia presentata da una società di trasporti marittimi, *Sea Containers*, la quale intendeva avviare una linea di traghetti veloci che collegasse il porto

---

<sup>67</sup> V.: *ivi*, pt. 29.

<sup>68</sup> Decisione della Commissione del 21.12.1993 (IV/34689, *Sea Containers / Stena Sealink* 94/19/CE, in G.U. n. L 15 del 18.01.1994, pp. 8 ss.

gallese di Holyhead con il porto irlandese di Dun Laoghaire. A tale fine, *Sea Containers* chiedeva a *Stena Sealinks*, gruppo societario attivo nella gestione del porto e nel servizio di trasporto<sup>69</sup>, di fornire alcuni servizi, tra cui una rampa di accesso, una passerella passeggeri, un'area di attesa per le auto da caricare, etc.

*Stena Sealink*, che effettuava prima di *Sea Containers* un servizio analogo, adottava una strategia dilatoria, sostanzialmente rifiutando alla concorrente l'uso del porto per effettuare il nuovo servizio di traghetti.

A proposito della posizione di mercato di *Stena Sealink*, la Commissione riteneva che essa, nella sua veste di autorità portuale detenesse «una posizione dominante sul mercato della fornitura di infrastrutture portuali per i servizi traghetto auto e passeggeri sulla rotta del corridoio centrale tra Regno Unito e Irlanda».

Sul punto, nell'esaminare la sostituibilità di Holyhead con altri porti, la Commissione rilevava che l'unica alternativa esistente per *Sea Containers* sarebbe stata di effettuare il servizio da Liverpool, con tempi di navigazione doppi. L'altra opzione ipotizzabile, la costruzione di un porto alternativo, appariva tecnicamente ed economicamente irrealizzabile.

Quanto alla condotta abusiva di *Stena Sealink*, la Commissione rilevava:

Costituisce abuso ai sensi dell'articolo 86 [ora art. 82] del trattato, qualora siano soddisfatte le altre condizioni ivi previste, il fatto che un'impresa in posizione dominante in relazione ad un'infrastruttura essenziale utilizzi essa stessa tale infrastruttura (p. es.: un'attrezzatura o infrastruttura alla quale devono avere accesso i concorrenti per poter fornire i propri servizi ai clienti) e ne rifiuti l'accesso ad altre imprese senza ragioni oggettive o lo conceda solo a condizioni meno favorevoli di quella praticate per i propri servizi. Un'impresa in posizione dominante non può fare discriminazioni a favore

---

<sup>69</sup> Cfr.: *ivi*, pt. 3-8: la Commissione considera che le due società operative nella gestione del porto e nei servizi di trasporto marittimo, rispettivamente *Stena Sealink Ports* e *Stena Sealink Line*, controllate dalla holding *Stena Sealink*, siano in effetti un'unica entità economica, nonostante la separazione giuridica.

delle proprie attività in un mercato vicino. Costituisce abuso ai sensi dell'articolo [82] il fatto che il proprietario di un'infrastruttura essenziale si avvalga del potere detenuto su un mercato per proteggere o rafforzare la propria posizione in un mercato vicino, in particolare rifiutando o concedendo l'accesso ad un concorrente a condizioni meno favorevoli di quelle praticate per i propri servizi, ed imponendogli pertanto uno svantaggio in termini di competitività<sup>70</sup>.

## 6. Il caso *Rødby*

Contestualmente alla decisione *Stena Sealink*, la Commissione adottava anche la decisione *Rødby*<sup>71</sup>, relativa ad una fattispecie simile. Nel secondo caso, tuttavia, la Commissione applicava contestualmente gli artt. 82 e 86 del Trattato.

Il porto di danese di Rødby era gestito da un'impresa pubblica, DSB), operante in base ad un diritto esclusivo conferito dalle autorità nazionali. DSB prestava, inoltre, il servizio di collegamento marittimo, senza tuttavia godere di diritti esclusivi.

Nel 1990 il Ministro dei trasporti danese negava alla società privata *Euro-port* l'autorizzazione ad operare nel porto di Rødby. Lo stesso Ministro, inoltre, rifiutava ad *Euro-port* l'autorizzazione per la costruzione di un porto alternativo nelle immediate vicinanze di Rødby.

La decisione si sofferma a lungo sull'esame del mercato rilevante, analizzando le possibili alternative all'uso del porto di Rødby. La Commissione citava, sul punto, la giurisprudenza *Porto di Genova*<sup>72</sup>, in base alla quale

---

<sup>70</sup> V.: *ivi*, pt. 66.

<sup>71</sup> V.: decisione della Commissione del 21.12.1993, *Rifiuto di accesso alle installazioni del porto di Rødby*, in GUCE L 55 del 26.02.1994, p. 52 ss.

<sup>72</sup> V.: Corte giust., sent. 10.12.1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova c. Siderurgica Gabrielli*, C-179/90, in Racc., 1991, p. I-5889, p. 15; sulla tematica della concorrenza nel settore portuale,

l'organizzazione per conto terzi di operazioni portuali in un unico porto può, di fatto, costituire un mercato rilevante, e aggiunge:

Ciò è conseguenza del fatto che, per l'operatore che intende offrire un servizio di trasporto su una rotta marittima determinata, l'accesso alle installazioni portuali situate sui lati di detto collegamento costituisce una condizione indispensabile per la realizzazione del servizio<sup>73</sup>.

Nel valutare la posizione dominante di DSB, la Commissione non solo evidenziava che essa era titolare di un diritto esclusivo relativo alla gestione del porto, ma sottolinea anche che l'impresa pubblica opera come un operatore verticalmente integrato, essendo altresì presente nel mercato collegato dei servizi di trasporto marittimo.

Quanto alla condotta dell'operatore dominante, la decisione *Rødby*, come la precedente *Sea Containers/Stena Sealink*, si sofferma sull'applicazione dell'*essential facilities doctrine*:

Il rifiuto opposto alla società Euro-port [...] di operare a Rødby ha per effetto di eliminare un concorrente potenziale sul collegamento Rødby-Puttgarden e quindi di rafforzare la posizione dominante detenuta congiuntamente da DSB e DB suddetto collegamento. Secondo la giurisprudenza della Corte, costituisce abuso ai sensi dell'articolo 86 [ora art. 82] il fatto che l'impresa che detenga una posizione dominante su un determinato mercato si riservi, senza necessità obiettiva, un'attività ausiliaria che potrebbe essere svolta da una terza impresa nell'ambito delle sue attività su un mercato vicino, ma distinto, con il rischio di eliminare qualsiasi concorrenza da parte di detta impresa. Pertanto un'impresa che possieda o gestisca ed utilizzi essa stessa un'installazione essenziale, vale a dire

---

v.: M. MARESCA, *La regolazione dei porti tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 2001, pp. VIII-124.

<sup>73</sup> V.: Decisione *Rødby*, cit., pt. 7.

un'installazione o un'infrastruttura senza la quale i suoi concorrenti non possono offrire servizi ai loro clienti e che rifiuti loro l'accesso a detta installazione, commette abuso di posizione dominante. Ne consegue che un'impresa che possieda o gestisca un'installazione portuale essenziale a partire dalla quale fornisca un servizio di trasporto marittimo, non può, senza violare l'articolo 86 [ora art. 82], rifiutare senza giustificazione obiettiva l'accesso a detta installazione ad un armatore che desideri operare un servizio sullo stesso collegamento marittimo<sup>74</sup>.

La Commissione peraltro evidenziava che, all'epoca in cui *Euro-port* aveva chiesto l'accesso al porto di Rødby, esisteva una domanda potenziale insoddisfatta relativa al servizio di collegamento marittimo.

Inoltre, quanto alla natura ingiustificata del rifiuto opposto dalle autorità danesi, la decisione svolge compiutamente due interessanti osservazioni. In primo luogo, le infrastrutture esistenti, alla luce di elementi obiettivi valutati dalla Commissione sulla base di documenti, non potevano ritenersi completamente sature, nel senso che il nuovo servizio di collegamento via traghetto doveva ritenersi tecnicamente possibile. In secondo luogo, la decisione si sofferma sulla circostanza che *Euro-port* avesse chiesto anche l'autorizzazione a costruire un porto adiacente a quello di Rødby, su di un terreno già individuato, incontrando tuttavia il diniego delle autorità danesi; tale ultimo rifiuto appare alla Commissione ingiustificabile, dal momento che esso sembra non avere altra spiegazione se non quella di proteggere l'attività d'impresa svolta da DSB.

Peraltro, la Commissione manifestava di ritenere infondata l'eccezione svolta dalle autorità danesi, per cui sarebbe inutile introdurre la concorrenza nel mercato del porto di Rødby, poiché non sarebbe comunque possibile un significativo aumento del numero dei viaggi marittimi. In proposito, la decisione afferma:

---

<sup>74</sup> V.: *ivi*, pt. 12.

Perfino su un mercato saturo, il miglioramento della qualità dei prodotti o dei servizi offerti oppure la diminuzione dei prezzi che possono derivare dall'introduzione della concorrenza costituiscono un vantaggio evidente per i consumatori, siffatta evoluzione può inoltre determinare un incremento della domanda, cui, nella fattispecie, si potrebbe rispondere ingrandendo il porto<sup>75</sup>.

## 7. Il caso *Magill*

Nel successivo caso *Magill*, le tre principali emittenti televisive del Regno Unito e dell'Irlanda, ciascuna delle quali pubblicava una guida periodica dei propri programmi, negavano ad un'impresa editrice la comunicazione dei propri palinsesti invocando il diritto d'autore. Di fatto, con il loro comportamento le tre emittenti impedivano ad un terzo di pubblicare una guida periodica dei programmi televisivi, prodotto non esistente sul mercato, con la conseguenza che i consumatori dovevano acquistare separatamente le tre guide pubblicate da ciascuna delle emittenti.

La Commissione ritenne che le tre TV abusassero della propria posizione dominante, impedendo l'ingresso sul mercato di un nuovo prodotto sul mercato derivato delle guide televisive; tale comportamento non poteva ritenersi, a giudizio della Commissione giustificato in base al diritto d'autore sui palinsesti televisivi<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> V.: *ivi*, pt. 16.

<sup>76</sup> V.: Decisione della Commissione *Magill TV Guide/ITP, BBC & RTE*, in GU L 78 del 1989, p. 43 ss.; per una disamina della disciplina comunitaria del settore televisivo, v.: R. MASTROIANNI, *Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo*, Torino, 2004, pp. IX-160.

La vicenda proseguiva con la domanda di annullamento della decisione della Commissione proposta dinanzi al Tribunale di primo grado<sup>77</sup>, che la confermava. La sentenza veniva quindi impugnata davanti alla Corte di giustizia.

In tale sede, la Corte, riferendosi ai propri precedenti *Commercial Solvents*, sopra citata, e *Volvo*, quest'ultima in materia di proprietà intellettuale<sup>78</sup>, forniva una ricostruzione delle condizioni in presenza delle quali un simile *refusal to supply* doveva ritenersi abuso di posizione dominante.

Anzitutto, la Corte rilevava come i palinsesti televisivi, ovvero le informazioni relative alla programmazione, fossero oggetto di un diritto di proprietà intellettuale, tutelato dal diritto nazionale. Pertanto, il diniego di licenza non potrebbe costituire, di per sé, una condotta illecita, anche se commessa da un'impresa in posizione dominante sul mercato. In casi eccezionali, tuttavia, l'esercizio del diritto esclusivo da parte del titolare può costituire un abuso vietato dal Trattato.

Al riguardo, la sentenza chiarisce che le emittenti TV erano necessariamente le uniche fonti di 'informazioni grezze' sui programmi, «materia prima indispensabile»<sup>79</sup> per la realizzazione del prodotto che Magill intendeva commercializzare.

Il rifiuto di fornire informazioni grezze opposto dalle ricorrenti avvalendosi delle disposizioni nazionali sul diritto d'autore ha [...] ostacolato l'emergere di un prodotto nuovo – una guida settimanale completa dei programmi

---

<sup>77</sup> V.: Tribunale di primo grado CE, sent. 10.07.1991, *BBC c. Commissione*, T-69/89, Racc., 1991, p. II-485 ss.

<sup>78</sup> V.: Corte di giustizia CE, sent. 05.10.1988, *Volvo AB c. Erik Veng UK Ltd.*, C-238/87, Racc., 1988, p. 6211 ss.

<sup>79</sup> V.: Corte di giustizia CE, sentenza 06.04.1995, *RTE e a. c. Commissione (Magill)*, in cause riunite C-241 e 242/91 P, Racc., 1995, p. I-808 ss., pt. 53. Per un commento, v.: A. LEVI, *Rifiuto di fornire, licenza obbligatoria, dottrina dell'essential facility e monopoly leveraging nel diritto antitrust* (nota a sent. Corte giust. 6 aprile 1995 n. 241, *Radio Telefis Eireann e altro c. Commissione*), in *Rivista Diritto Industriale*, 1996, II, pp. 189 ss.

televisivi – che le ricorrenti non offrivano e per cui sussisteva una domanda potenziale da parte del consumatore, il che configura un abuso ex art. [82], secondo comma, lett. b), del Trattato.

In secondo luogo, tale rifiuto non era giustificato dall'attività di diffusione radiotelevisiva né da quella di pubblicazione di guide televisive.

Infine, e in terzo luogo [...], con tale comportamento le ricorrenti si sono riservate un mercato derivato, quello delle guide televisive settimanali, escludendo qualsiasi tipo di concorrenza su siffatto mercato [...], poiché le ricorrenti negavano l'accesso all'informazione grezza, materia prima indispensabile per elaborare una guida del genere<sup>80</sup>.

## 8. Il caso *Tiercé Ladbroke*

L'applicazione della dottrina delle *essential facilities* veniva, successivamente, invocata da un'impresa operante nel mercato belga delle scommesse sportive, *Tiercé Ladbroke*, la quale lamentava il rifiuto, opposto dalle società di gestione delle corse ippiche francesi, di trasmettere le immagini delle corse nelle proprie sale scommesse in Belgio.

In tale occasione, la denuncia presentata da *Ladbroke* venne respinta dalla Commissione, che non ritenne abusivo tale diniego.

Opponendosi alla decisione della Commissione, *Ladbroke* ricorreva al Tribunale di primo grado, invocando, peraltro, l'applicazione del principio affermato dalla Corte di giustizia nella sopra citata sentenza *Magill*.

Il Tribunale, tuttavia, respingeva il ricorso, osservando che non sussistevano le condizioni elencate nella giurisprudenza *Magill*: in particolare *Ladbroke*, a differenza di *Magill*, non solo era presente sul mercato derivato

---

<sup>80</sup> V.: Corte di giustizia CE, sentenza 06.04.1995, *RTE e a. c. Commissione (Magill)*, cit., pt. 54 e ss.

delle scommesse ippiche in Belgio, ma era addirittura l'impresa dominante; viceversa, le società di corse ippiche francesi, titolari dei rispettivi diritti sulle immagini, non erano presenti su tale mercato.

Inoltre, circa l'applicabilità della dottrina delle *essential facilities* al caso di specie, il Tribunale sottolineava quanto segue:

La trasmissione televisiva delle corse ippiche, benché costituisca un servizio aggiuntivo, o addirittura opportuno, offerto agli scommettitori, non è in sé indispensabile per l'esercizio dell'attività principale degli allibratori, cioè la raccolta delle scommesse, come dimostra il fatto che la ricorrente è presente sul mercato belga della raccolta di scommesse ed occupa una posizione rilevante nel settore delle scommesse sulle corse francesi. La trasmissione non è inoltre indispensabile, in quanto avviene dopo che sono state fatte le scommesse, di modo che la sua mancanza non incide di per sé sulla scelta degli scommettitori e non può pertanto impedire agli allibratori di continuare la loro attività commerciale<sup>81</sup>.

Il carattere inessenziale del servizio di trasmissione televisiva delle corse ippiche francesi ai fini dell'attività di *Labroke* sul mercato delle scommesse sportive impedisce di ritenere abusivo il rifiuto di concedere i diritti relativi alle immagini di tali corse. In proposito, nella sentenza si legge:

Il rifiuto opposto alla ricorrente potrebbe rientrare nel divieto dell'art. [82] solo se riguardasse un prodotto o un servizio che si presenta come essenziale per l'esercizio dell'attività di cui trattasi, nel senso che non esiste alcun sostituto reale o potenziale, o come un prodotto nuovo la cui apparizione verrebbe ostacolata, nonostante una domanda potenziale specifica costante e regolare da parte dei consumatori<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> V.: Tribunale di primo grado CE, sentenza 12.06.1997, *Tiercé Labroke c. Commissione*, in causa T-504/93, Racc., 1997. p. II-927 ss., pt. 132.

<sup>82</sup> V.: *ivi*, pt. 131.

## 9. Il caso *Bronner*

L'anno successivo la Corte di giustizia – adita stavolta con rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE – tornava nuovamente sull'applicazione della dottrina delle *essential facilities*, stavolta invocata da un'impresa editrice, *Bronner*, che si era vista rifiutare da una concorrente, *Mediaprint*, l'accesso al servizio di recapito a domicilio dei quotidiani. *Bronner* sosteneva che *Mediaprint*, impresa dominante sul mercato dei quotidiani in Austria, dovesse concedere – contro il pagamento di un prezzo ragionevole – l'utilizzo della propria rete di distribuzione a domicilio dei quotidiani, poiché *Bronner* non disponeva di alternative economicamente percorribili per offrire il recapito domiciliare dei propri giornali.

Tale argomento, tuttavia, veniva rigettato proprio perché non poteva ritenersi effettivamente indispensabile l'accesso al sistema di recapito di *Mediaprint*. In proposito, la Corte affermava quanto segue:

Perché il detto accesso possa essere eventualmente considerato indispensabile occorrerebbe quanto meno provare [...] che non è economicamente redditizio creare un secondo sistema di recapito a domicilio per la distribuzione di quotidiani aventi una tiratura paragonabile a quella dei quotidiani distribuiti con il sistema esistente<sup>83</sup>.

In altre parole, come enfatizzato nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs, l'indispensabilità dell'accesso all'infrastruttura doveva essere

---

<sup>83</sup> V.: Corte di giustizia CE, sentenza 26.11.1998, *Oscar Bronner*, in causa C-7/97, Racc., 1998, p. I-7817 ss., pt. 46.

apprezzata in termini obiettivi e non considerata in relazione alle particolari caratteristiche economiche dell'impresa che intende accedervi<sup>84</sup>.

L'Avvocato Generale Jacobs si soffermava su numerosi aspetti fondamentali nella ricostruzione dell'EFD. In particolare, egli riteneva che la decisione di obbligare il proprietario dell'infrastruttura essenziale a contrattare con i concorrenti dovesse essere presa tenendo in considerazione tre elementi: a) l'autonomia contrattuale, riconosciuta da tutti gli ordinamenti europei; b) gli effetti dell'accesso coattivo sugli investimenti<sup>85</sup>; c) gli interessi dei consumatori. In proposito, nelle conclusioni del 28 maggio 1998 si legge:

In primo luogo, risulta che il diritto di scegliere i propri partner commerciali e quello di disporre liberamente dei propri beni sono principi generalmente riconosciuti dagli ordinamenti degli Stati membri, in alcuni casi a livello costituzionale. Toccare tali diritti richiede un'adeguata giustificazione. In secondo luogo, la giustificazione, in termini di politica di concorrenza, di un'interferenza nella libertà di stipulare di un'impresa in posizione dominante spesso richiede un'attenta ponderazione di considerazioni contrapposte. Nel lungo periodo è generalmente a vantaggio della concorrenza e nell'interesse di consumatori consentire ad un'impresa di riservare a sé stessa le proprie infrastrutture, sviluppate per i propri fini commerciali. Ad esempio, qualora si consentisse con eccessiva facilità l'accesso ad un'infrastruttura di produzione, acquisto o distribuzione, i concorrenti non sarebbero incentivati a predisporre infrastrutture concorrenti. In tal modo la concorrenza, incrementata nel breve periodo, diminuirebbe nel lungo periodo. Inoltre, un'impresa in posizione dominante sarebbe meno incentivata ad investire in

---

<sup>84</sup> Cfr.: Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 28.05.1998, in causa C-7/97, *Bronner*, cit. pt. 66.

<sup>85</sup> Sul tema, v.: F. LEVEQUE, *Innovation, leveraging and essential facilities: Interoperability licensing in the EU Microsoft case*, in *World Competition*, 2005, 1, pp. 12-13:

Whether monopoly or competitive firms are better placed to innovate remains a controversial question amongst economists. For the Commission a market structure dominated by a monopoly seems to always provide less innovation than a market structure with several firms in competition.

infrastrutture efficienti qualora ai suoi concorrenti fosse consentito, su richiesta, di condividerne i vantaggi. Pertanto, il semplice fatto che un'impresa in posizione dominante conservi un vantaggio su un concorrente utilizzando un'infrastruttura in via esclusiva non può giustificare l'imposizione dell'obbligo di concedere l'infrastruttura medesima. In terzo luogo, nel valutare la questione è importante non perdere di vista il fatto che il fine principale dell'art. 86 [ora art. 82] è prevenire distorsioni della concorrenza – e in particolare tutelare gli interessi dei consumatori – piuttosto che proteggere la posizione di singoli concorrenti. Ad esempio, nel caso in cui un concorrente chieda di avere accesso ad una materia prima per poter competere con l'impresa in posizione dominante su di un mercato a valle relativamente a un prodotto finito, potrebbe non essere adeguato concentrare l'attenzione soltanto sul potere di quest'ultima sul mercato a monte e concludere che il fatto di riservarsi il mercato a valle costituisca automaticamente un abuso. Tale comportamento non ha un impatto negativo sui consumatori, salvo che il prodotto finito dell'impresa in posizione dominante non sia sufficientemente isolato dalla concorrenza da poter conferire un potere di mercato all'impresa medesima<sup>86</sup>.

I rilievi svolti dall'Avvocato Generale Jacobs verranno successivamente ripresi dalla dottrina, spesso per argomentare nel senso di una limitazione nell'applicazione dell'EFD, segnatamente nei casi in cui l'infrastruttura essenziale sia costituita da un diritto di proprietà intellettuale.

## 10. Il caso *GVG/FS*

---

<sup>86</sup> V.: Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs in causa *Bronner*, cit. pt. 56-58.

Con decisione del 27 agosto 2003<sup>87</sup> la Commissione si pronunciava su un caso di abuso di posizione dominante nel settore ferroviario. Il caso vedeva contrapposte un'impresa ferroviaria privata, *Georg Verkehrsorganisation GmbH* (GVG), e il principale operatore ferroviario italiano, Ferrovie dello Stato s.p.a. (FS), di proprietà statale<sup>88</sup>. GVG intendeva fornire un servizio internazionale di trasporto passeggeri che consentisse il collegamento da tre città tedesche (Karlsruhe, Coblenza e Mannheim) a Milano, con un treno non-stop da Basilea al capoluogo lombardo.

Il servizio che GVG si proponeva di offrire (denominato “sprinter”), si doveva inserire su una rete ferroviaria tra le più congestionate d'Europa. In particolare, FS e l'operatore svizzero SBB offrivano già un servizio di collegamento tra Milano e Basilea con 10 treni al giorno di cui tre esattamente sulla linea richiesta da GVG (Basilea-Milano via Domodossola). Inoltre, l'impresa *Cisalpine* (joint-venture tra FS e SBB) offriva un altro treno al giorno sulla medesima linea. La Commissione precisava che il servizio ferroviario di FS e SBB non veniva fornito sulla base di un obbligo di servizio pubblico e di un contratto di servizio pubblico<sup>89</sup>.

Il treno “sprinter” si sarebbe indirizzato prevalentemente ad una clientela di viaggiatori d'affari, con un collegamento più veloce di circa un'ora, senza soste intermedie e con servizi a bordo aggiuntivi rispetto a quelli offerti da FS e SBB.

Per fornire il servizio di trasporto ferroviario transnazionale, GVG avrebbe dovuto ottenere una licenza, il che presupponeva: a) costituire un'associazione internazionale di imprese con FS, in base alla normativa del

---

<sup>87</sup> Decisione della Commissione del 27.08.2003 COMP/37.685 GVG/FS; per un commento, v.: O. STEHMANN, *Applying “Essential Facility” Reasoning to Passenger Rail Services in the EU – the Commission Decision in the Case GVG*, in *European Competition Law Review*, 2004, 7, vol. 25, pp. 390 ss.

<sup>88</sup> La Commissione considera FS come unica entità, anche se giuridicamente suddivisa in Rete Ferroviaria s.p.a. e Trenitalia s.p.a., entrambe controllate da FS Holding s.p.a.; cfr. Decisione GVG/FS, *cit.*, pt. 4-7.

<sup>89</sup> V.: Decisione GVG/FS, *cit.*, pt. 10.

settore ferroviario<sup>90</sup>, al fine di accedere alle reti ferroviarie svizzera e italiana; b) ottenere un certificato di sicurezza per operare sulla rete ferroviaria italiana; c) disporre della trazione, ossia di un locomotore e di un macchinista per far circolare il treno sulla rete.

FS, operatore verticalmente integrato, esercitava il servizio in base ad un diritto esclusivo sulla rete ferroviaria italiana. La stessa impresa verticalmente integrata, attraverso Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., svolgeva la funzione di gestore della rete ferroviaria, con funzioni regolatorie, tra cui il rilascio dei certificati di sicurezza, e di fornitura delle linee ferroviarie agli operatori.

Sin dal 1995, GVG aveva chiesto a FS di costituire un'associazione internazionale di imprese, di fornire informazioni sulla disponibilità e sui costi della linea e della trazione. FS rispondeva che, in mancanza di trasposizione della normativa comunitaria da parte della Repubblica italiana, essa non aveva alcun obbligo di fornire le informazioni e i servizi richiesti, né di costituire l'associazione internazionale di imprese.

La Commissione individuava il mercato rilevante, stabilendo che esistevano due distinti mercati: uno a monte, relativo all'accesso all'infrastruttura, ed uno a valle, relativo alla fornitura della trazione.

Su entrambi i mercati, FS veniva ritenuta dominante. Quanto al primo, la rete ferroviaria, gestita da FS attraverso la controllata Rete Ferroviaria s.p.a., costituiva una *essential facility*. Riguardo al secondo, la Commissione rilevava come nessun altro operatore ferroviario italiano fosse in grado di fornire il servizio di trazione. GVG, a giudizio della Commissione, non avrebbe neppure potuto utilizzare il proprio servizio di trazione, utilizzato in Germania, poiché ogni Stato membro avrebbe diversi standard tecnici ed

---

<sup>90</sup> V.: Direttiva 91/440/CEE del Consiglio, del 29 luglio 1991, relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie, in G.U.C.E. n. L 237 del 24/08/1991 pp. 25 ss.; Direttiva 95/18/CE del Consiglio, del 19 giugno 1995, relativa alle licenze delle imprese ferroviarie, in G.U.C.E. n. L 143 del 27/06/1995 pp. 70 ss.

amministrativi, con diverse procedure e sistemi di sicurezza; inoltre, a causa di barriere tecnologiche, le locomotive avrebbero dovuto essere sostituite al confine, così come i macchinisti.

Ciò significava, secondo la decisione in commento, che – in mancanza dell’associazione internazionale di imprese – il vettore ferroviario che intendesse operare su più reti nazionali avrebbe dovuto dotarsi di diversi macchinisti e tipi di locomotive per ciascuna diversa rete, il che è economicamente insostenibile.

La Commissione definiva altresì il mercato del trasporto dei passeggeri, ritenendo FS dominante anche in tale mercato, collegato a quello della rete ferroviaria. In proposito, la Commissione esaminava le possibili alternative al servizio proposto da GVG, concludendo che – nel caso di specie – i collegamenti aerei o autostradali non fossero validi sostituti; inoltre, per le caratteristiche di rapidità e per i servizi offerti a bordo, il treno “sprinter” proposto dall’operatore tedesco avrebbe rappresentato un prodotto nuovo rispetto ai collegamenti ferroviari esistenti sulla linea Milano-Basilea, in merito ai quali FS godeva di una posizione dominante.

La decisione concludeva affermando che FS aveva violato l’art. 82 CE, negando a GVG l’accesso alla rete ferroviaria, infrastruttura essenziale per competere nel mercato della fornitura del servizio di trasporto passeggeri Milano-Basilea. Il rifiuto opposto da FS, peraltro, non era obiettivamente giustificato in relazione, ad esempio, alla mancanza di capacità disponibile ovvero all’insufficienza del prezzo offerto da GVG. Il rifiuto di FS aveva consentito a tale operatore di conservare la propria posizione di monopolio nel mercato a valle del servizio ferroviario, eliminando un potenziale concorrente.

Poiché, tuttavia, FS presentava impegni ritenuti tali da eliminare gli effetti della violazione dell’art. 82 CE, la Commissione riteneva di non irrogare sanzioni.

L'impostazione della Commissione si basava sulla giurisprudenza *European Night Services* del Tribunale di primo grado, in virtù della quale devono ritenersi separati i mercati di accesso all'infrastruttura e di esercizio della medesima<sup>91</sup>.

## 11. Il caso *IMS Health*

Nel successivo caso *IMS Health*<sup>92</sup>, la Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale<sup>93</sup>, tornava sul tema – già affrontato nella sentenza *Magill*<sup>94</sup> – del rapporto tra diritto di proprietà intellettuale e abuso di posizione dominante per rifiuto di accesso al bene oggetto del diritto medesimo.

Questi i fatti: la *IMS Health* aveva elaborato, come sistema per seguire le vendite dei prodotti farmaceutici nel mercato tedesco, una “struttura a 1860 aree”. La *NDC Health* lamentava il rifiuto, opposto dalla *IMS Health*, che invocava il diritto di proprietà intellettuale, di concedere l'utilizzazione di tale struttura per svolgere un'attività in concorrenza.

La questione, invero, poteva anche essere impostata nei termini, non utilizzati dalla Corte, del rapporto tra i contrapposti diritti di proprietà intellettuale e di accesso all'*essential facility* protetta dal diritto di privativa.

---

<sup>91</sup> V.: Decisione GVG/FS, *cit.*, pt. 49; cfr.: Trib. primo grado, sent. 15.09.1998, cause riunite T-374/94, T-375/94, T-388/94 e T-388/94, *European Night Services (ENS)*, *Racc.*, 1998, pp. II-3141 ss.

<sup>92</sup> V.: Corte di giustizia CE, sentenza 29.04.2004, in causa C-418/01, *IMS Health*, *Racc.*, 2004, I-5039. Per un commento, v.: R. PARDOLESI–M. GRANIERI, *Licenza obbligatoria ed essential facilities nell'antitrust comunitario* (nota a Corte giust. CE 29 aprile 2004, n. C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. c. NDC Health GmbH & Co. KG*), in *Rivista Diritto Industriale*, 2004, pp. 323 ss.

<sup>93</sup> V. altresì: Decisione della Commissione, *NDC/IMS Health: interim measures*, in GU L 59 del 2002, p. 18 ss., sospesa dal Tribunale di primo grado con sentenza poi confermata dalla stessa Corte di giustizia.

<sup>94</sup> V. altresì: Corte di giustizia CE, sentenza *Volvo AB c. Erik Veng UK Ltd.*, *cit.*

Secondo la sentenza *IMS Health*, la prevalenza del secondo diritto potrebbe affermarsi soltanto in presenza delle seguenti tre condizioni:

Dalla giurisprudenza [...] consegue che, affinché il rifiuto di un'impresa titolare di un diritto di autore di dare accesso ad un prodotto o ad un servizio indispensabile per esercitare una data attività possa essere qualificato abusivo, è sufficiente che siano integrate tre condizioni cumulative, e cioè che tale rifiuto costituisca ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori, che sia ingiustificato e idoneo a escludere qualsiasi concorrenza sul mercato derivato. [...]

Nella ponderazione dell'interesse relativo alla tutela del diritto di proprietà intellettuale e alla libertà di iniziativa economica del suo titolare, da un lato, con l'interesse relativo alla tutela della libera concorrenza, dall'altro, questo può prevalere solo quando il rifiuto di concedere una licenza è di ostacolo allo sviluppo del mercato derivato a danno dei consumatori<sup>95</sup>.

Si ritiene che con la sentenza *IMS Health* la Corte abbia precisato le condizioni di applicazione dell'EFD, confermando che alle tre condizioni, già emerse nella precedente giurisprudenza, deve esserne aggiunta un'altra qualora l'infrastruttura essenziale sia costituita da un diritto di proprietà intellettuale. In tali casi, dunque, il diniego di accesso è abusivo se: a) l'infrastruttura è essenziale; b) il rifiuto di accesso elimina la concorrenza; c) il rifiuto non è obiettivamente giustificato; d) il rifiuto ostacola l'offerta di un prodotto nuovo, danneggiando i consumatori.

In proposito, l'Avvocato Generale Tizzano, nelle proprie conclusioni aveva affermato quanto segue:

L'art. 82 CE deve essere interpretato nel senso che il rifiuto di rilasciare una licenza per l'uso di un bene immateriale protetto dal diritto d'autore comporta

---

<sup>95</sup> V.: Corte di giustizia CE, sentenza *IMS Health*, *cit.*, pt. 38 e 48.

un abuso di posizione dominante ai sensi di detta disposizione, qualora: a) non sussistano obiettive giustificazioni per tale rifiuto; b) l'uso del bene immateriale sia indispensabile per operare su un mercato derivato, con la conseguenza che, attraverso tale rifiuto, il titolare del diritto finirebbe con l'eliminare qualsiasi concorrenza su detto mercato. Ciò tuttavia a condizione che l'impresa che chiede la licenza non voglia limitarsi in sostanza a duplicare i beni/servizi già offerti sul mercato derivato dal titolare del diritto di proprietà intellettuale, ma intenda produrre beni/servizi con caratteristiche diverse, che - benché in concorrenza con quelli del titolare del diritto - rispondano a particolari esigenze dei consumatori che non sono soddisfatte dai beni/servizi esistenti<sup>96</sup>.

## 12. Il caso *KPN Telecom*

Con sentenza del 25 novembre 2004<sup>97</sup>, la Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale dal giudice nazionale olandese, si pronunciava su un caso di diniego di accesso ad informazioni detenute da un operatore telefonico dominante. La controversia era sorta tra il principale gestore del servizio telefonico nei Paesi Bassi, *KPN Telecom*, e due imprese editrici, Denda e Topware, che intendevano realizzare elenchi telefonici su supporto cartaceo e digitale, in merito alla fornitura, da parte della prima impresa, delle informazioni necessarie per la formazione degli elenchi telefonici.

In particolare, *KPN Telecom*, nel rispetto della normativa settoriale<sup>98</sup> aveva fornito i dati essenziali, quali nominativi, indirizzi e numeri telefonici, ma rifiutava di fornire informazioni aggiuntive sui propri clienti, quali la

---

<sup>96</sup> V. Concl. Avv. gen. Tizzano, in causa *IMS Health*, cit. pt. 66.

<sup>97</sup> V.: Corte di giustizia CE, sentenza 25.11.2004, in causa C-109/03, *KPN Telecom*, Racc., 2004, I-11273.

<sup>98</sup> V.: art. 6 n. 3 dir. 98/10/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26.02.1998, in GU L 101 del 1998, p. 24 ss.

professione ed eventuali numeri di telefonia mobile, non essendo obbligatorio il rilascio di tali dati in base alle regole di settore.

Nel corso del giudizio, l'Avvocato Generale Poiares Maduro esaminava diffusamente l'argomento, dedotto dalle imprese editrici, dell'applicazione della dottrina delle *essential facilities*<sup>99</sup>. Al riguardo, nelle conclusioni del 14 luglio 2004 si legge:

Nella fattispecie si dovrebbe valutare se la KPN si trovi in una posizione tale da poter impedire una concorrenza effettiva alla sua guida telefonica rifiutando di mettere a disposizione le informazioni sugli abbonati che esulano dal campo di applicazione dell'art. 6, n. 3, della direttiva 98/10/CE. Nell'ambito di questa valutazione si dovrebbe accertare se i concorrenti non siano praticamente o ragionevolmente in grado di raccogliere ed aggiornare essi stessi le informazioni sugli abbonati richieste – ossia se la pubblicazione di un elenco in mancanza delle informazioni richieste o la raccolta di tali informazioni con mezzi diversi non sia economicamente fattibili. Tuttavia non si deve presumere con troppa leggerezza che l'art. 82 CE imponga a un'impresa dominante di aiutare i suoi concorrenti, e il rifiuto di fornitura a un concorrente non è considerato automaticamente abusivo solo perché gli input di cui trattasi sono necessari per competere su un mercato secondario. Si deve assicurare un equilibrio fra l'interesse a salvaguardare o ad instaurare la libera concorrenza in uno specifico mercato e quello a non disincentivare gli investimenti e l'innovazione imponendo la condivisione con i concorrenti dei risultati commerciali ottenuti<sup>100</sup>.

L'impostazione fin troppo prudente dell'Avvocato Generale non è stata, in realtà, esaminata dalla Corte, che ha ritenuto sufficienti le norme

---

<sup>99</sup> V.: Conclusioni dell'Avvocato Generale Poiares Maduro del 14.07.2004, in causa C-109/03, *KPN Telecom*, cit., pt. 32 ss.

<sup>100</sup> V.: *ivi*, pt. 38-39.

speciali relative al mercato delle telecomunicazioni<sup>101</sup> per escludere la consistenza di un diritto di accesso delle imprese editrici alle informazioni aggiuntive detenute dall'impresa telefonica<sup>102</sup>. La Corte ha osservato, peraltro, che l'esistenza di due concorrenti di KPN Telecom dimostrerebbe che il mercato rilevante è caratterizzato non dal monopolio dell'*incumbent*, ma da un certo grado di concorrenzialità<sup>103</sup>.

### 13. Il caso *Microsoft*

Con decisione del 24 marzo 2004<sup>104</sup>, la Commissione stabiliva che Microsoft aveva abusato della propria posizione dominante sul mercato dei sistemi operativi per personal computer, applicava una sanzione di 497 milioni di euro, e contestualmente ordinava misure correttive volte a ristabilire la concorrenza nei mercati interessati.

Le violazioni ascritte a Microsoft riguardavano due distinti prodotti, ossia i sistemi operativi per gruppi di lavoro (server), rispetto ai quali Microsoft negava ai concorrenti le informazioni necessarie per l'interoperabilità con i sistemi operativi *Windows*, ed il software per programmi multimediali *Windows Media Player*, incorporato nei sistemi operativi per personal computer *Windows*.

La decisione è solo in parte pertinente rispetto all'oggetto di questo studio, perciò sarà esaminata soltanto con riferimento alla condotta abusiva consistente nel rifiuto di fornire informazioni relative all'interoperabilità tra il

---

<sup>101</sup> V.: dir. 98/10/CE, cit.

<sup>102</sup> V.: Corte di giustizia CE, sentenza 25.11.2004, in causa C-109/03, *KPN Telecom*, Racc., 2004, I-11273.

<sup>103</sup> V.: *ivi*, pt. 26.

<sup>104</sup> Decisione della Commissione del 24.03.2004, COMP/C-3.37.792 *Microsoft*, C(2004) 900 final.

sistema operativo *Windows* e quelli forniti dai concorrenti, segnatamente Sun Microsystems, l'impresa che aveva presentato denuncia alla Commissione<sup>105</sup>.

In proposito, la Commissione concludeva che Microsoft, rifiutando di fornire le informazioni richieste da Sun Microsystems, aveva cercato di limitare l'interoperabilità tra i computer provvisti del sistema operativo *Windows* ed i server per gruppi di lavoro dotati di sistemi operativi concorrenti. Si trattava, a giudizio della Commissione, di una condotta di *leveraging*, ossia di un complesso comportamento mediante il quale Microsoft, approfittando della propria posizione di quasi monopolista sul mercato dei sistemi operativi per personal computer, aveva tentato di monopolizzare il mercato collegato dei sistemi operativi per server.

In particolare, le informazioni relative all'interoperabilità – coperte da brevetto – sono essenziali ed insostituibili, secondo la decisione in commento, non essendovi alcuna alternativa praticabile per l'interfaccia tra il sistema *Windows* e quelli concorrenti.

Nell'esaminare il caso, tuttavia, la Commissione – invece di avvalersi dell'EFD – tende a svolgere un approccio tradizionale, qualificando il comportamento come *leveraging* abusivo e rifiuto di fornitura, senza cioè applicare il test delle quattro condizioni di cui alla giurisprudenza *Magill* e *IMS Health*.

La decisione, infatti, non si accontenta di provare che le sopra citate condizioni sono soddisfatte, ma si spinge oltre, esaminando in dettaglio se il rifiuto opposto da Microsoft sia suscettibile di ridurre la propensione

---

<sup>105</sup> Per un commento della decisione v.: L. PROSPERETTI-M. SIRAGUSA-M. BERETTA-M. MERINI, *Economia e diritto antitrust*, Roma, 2006, 1, pp. 258 ss.; F. LEVEQUE, cit., pp. 71 ss.; sullo sviluppo successivo alla decisione del 2004, v.: N. BANASEVIC-A. BARBERÀ DEL ROSAL-C. HERMES-T. KRAMLER-I. TAYLOR-F. VERZELEN, *Commission imposes a penalty pursuant to Article 24(2) of Regulation 1/2003 on Microsoft*, in *Competition Policy Newsletter*, 2006, 3, pp. 27 ss.; sulla più ampia questione dell'applicazione dell'*essential facilities doctrine* ai beni che formano oggetto di proprietà intellettuale, v.: J. TURNEY, *Defining the Limits of the Eu Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation*, in *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 2005, pp. 179 ss.

all'innovazione nel mercato, con conseguente danno potenziale per i consumatori.

La Commissione cerca di trovare un bilanciamento tra diritti di privativa intellettuale e accesso alle *essential facilities*, ponderando i possibili effetti di un intervento decisorio sul mercato e sui consumatori. In altre parole, la decisione in commento si chiede se l'impatto negativo dell'ordine di fornire le informazioni sull'interoperabilità sia controbilanciato da effetti positivi costituiti da incentivi per i concorrenti ad investire in prodotti migliori ed innovativi. Come ha osservato un acuto commentatore, il test introdotto dalla decisione *Microsoft* è rilevante perché «sostituisce la problematica della novità del prodotto con l'analisi degli incentivi»<sup>106</sup>.

In sostanza, nella decisione *Microsoft*, la Commissione anticipa il ragionamento che svolgerà, in termini più generali, nel *Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses* del dicembre 2005<sup>107</sup>, di cui si dirà in seguito.

#### **14. Casistica dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.**

Anche nella casistica dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (in seguito anche AGCM) è possibile rinvenire una prassi applicativa dell'*essential facilities doctrine*, connessa all'accertamento di vari tipi di violazione dell'art. 82 CE.

---

<sup>106</sup> V.: F. LEVEQUE, cit., p. 7.

<sup>107</sup> V.: DG Competition *Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Bruxelles dic. 2005, disponibile sul sito internet <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>; si vedano, in particolare i punti 213-214 e 235-236.

In un consistente numero di casi, infatti, l'Autorità ha applicato ad imprese titolari di infrastrutture essenziali<sup>108</sup> il principio di speciale responsabilità, che impone all'impresa dominante di astenersi da comportamenti di per sé non abusivi, che tuttavia possono danneggiare ulteriormente la concorrenza.

Nel provvedimento del 25 febbraio 1999, con cui l'Autorità chiudeva l'istruttoria *Snam – Tariffe di vettoriamento*, si legge quanto segue:

La dottrina delle infrastrutture essenziali ha trovato un proprio riconoscimento anche nei precedenti di quest'Autorità, sia nell'ambito dell'articolo 2 che dell'articolo 3 della legge n. 287/90. Dall'analisi dei casi in materia di abuso di posizione dominante, l'Autorità ha individuato nel rifiuto di accesso a infrastrutture considerate essenziali una limitazione ed un impedimento alla produzione, agli sbocchi o accessi al mercato e al progresso tecnologico. In particolare, l'Autorità, uniformandosi ai principi espressi in sede comunitaria, ha affermato che il rifiuto dell'accesso, senza un giustificato motivo, ad una infrastruttura essenziale da parte di un'impresa monopolista integra gli estremi di abuso di posizione dominante, se il rifiuto è volto a riservare a sé un'attività su un mercato distinto, ma contiguo, a quello riservato. Inoltre, secondo consolidati principi della giurisprudenza comunitaria e nazionale in materia di concorrenza, un'impresa in posizione dominante ha una 'speciale responsabilità', in ragione della quale le è fatto divieto di porre in essere qualsiasi comportamento atto a ridurre la concorrenza od ostacolarne lo sviluppo nei mercati in cui, proprio per il fatto che vi opera un'impresa in posizione dominante, la struttura della

---

<sup>108</sup> La casistica dell'AGCM in materia di *essential facilities doctrine* risale a A-5, *3C Communication*, provv. 04.03.1992, in *Bollettino* 1992, 5, pp. 10 ss. Tra i provvedimenti più risalenti, v. altresì: A-11, *IBAR/Aeroporti di Roma*, provv. 17.03.1993, *Bollettino* 1993, 6, pp. 6 ss; A-56, *IBAR/SEA*, provv. 16.03.1994, in *Bollettino* 1994, 11, pp. 5 ss; A-71, *Telssystem/Sip*, provv. 10.01.1995, in *Bollettino* 1995, 1-2, pp. 10 ss; A-61, *De Montis Catering/Aeroporti di Roma*, provv. 02.03.1995, in *Bollettino* 1995, 9, pp. 5 ss; A-65, *Sign/Stet-Sip*, provv. 27.04.1995, in *Bollettino* 1995, 17, pp. 5 ss; A-102, *Associazione Consumatori Utenti/Alitalia*, provv. 07.11.1996, in *Bollettino* 1996, 45, pp. 5 ss; A-178, *Albacom/Telecom Italia Circuiti Dedicati*, provv. 19.12.1996, in *Bollettino* 1996, 51, pp. 38 ss.; A-209, *Goriziane/Fiat Ferroviaria*, provv. 6697 del 17.12.1998, in *Bollettino* 1998, 51, pp. 5 ss., pt. 67.

concorrenza risulta già indebolita. [...] Ne discende che in capo a SNAM, in posizione dominante nei due mercati rilevanti, considerati nell'istruttoria in oggetto, e proprietaria di un'infrastuttura essenziale, in assenza di giustificazioni oggettive, sussiste un obbligo di carattere generale di contrarre e di concedere, ai concorrenti attuali e potenziali che lo richiedono, l'accesso alla propria rete nazionale di gasdotti per poter concorrere, a parità di condizioni con SNAM, sul mercato a valle della distribuzione primaria di gas naturale. Tale obbligo in capo a SNAM comporta l'esistenza di un diritto incondizionato al vettoriamento di gas naturale di terzi, che consenta ai concorrenti di SNAM sia di rifornire utenti attualmente allacciati alla rete SNAM, sia, indirettamente, di interconnettere più reti di trasporto esistenti diverse da quella di SNAM. La sussistenza di un tale obbligo in capo a SNAM appare tanto più giustificata se si considerano, da un lato, l'integrazione verticale esistente, sia all'interno di SNAM che nel gruppo ENI, fra le attività di approvvigionamento e di stoccaggio, nonché la proprietà della rete nazionale di trasporto e le attività di distribuzione primaria e secondaria; e dall'altro lato, la posizione dominante detenuta da SNAM nei due mercati rilevanti oggetto di questo procedimento<sup>109</sup>.

La casistica dell'AGCM sull'applicazione dell'*essential facilities doctrine* è particolarmente consistente nei mercati dei servizi di interesse economico generale, riservati in passato ad imprese pubbliche in posizione di monopolio e liberalizzati a partire dagli anni '90. Oltre al citato caso *Snam Tariffe di Vettoriamento*, altre inchieste hanno avuto per oggetto comportamenti mediante i quali l'operatore dominante nato con la privatizzazione, c.d. *incumbent*, cercava di ostacolare l'ingresso sul mercato di nuove imprese.

Ad esempio, nel provvedimento del 27 aprile 2001, relativo a Telecom Italia, l'Autorità scrive:

---

<sup>109</sup> V.: AGCM, A-221 *Snam Tariffe di Vettoriamento*, provv. n. 6926 del 25.02.1999, in *Bollettino*, 1999, 8, pp. 5 ss., punti 152-156. Nel testo citato sono state omesse le note.

Dalle risultanze istruttorie emerge [...] che TI, sfruttando la propria posizione dominante nel mercato a monte dell'offerta di servizi di connettività in ambito locale, ha posto in essere una strategia complessiva volta al rafforzamento di tale posizione di dominanza in un contesto di liberalizzazione dell'offerta di infrastrutture, nonché al rafforzamento della propria posizione nell'offerta di servizi di trasmissione dati e di accesso a Internet. La strategia anticoncorrenziale sopra delineata, caratterizzata da un intento escludente della concorrenza e di occupazione anticipata dei mercati (pre-emption), è stata attuata da TI attraverso i seguenti comportamenti: i) con riferimento al mercato dei servizi di connettività su base locale, TI ha rifiutato ingiustificatamente di fornire circuiti diretti analogici in banda base, al fine di preservare la propria posizione di dominanza nel suddetto mercato a monte, nonché, conseguentemente, in quello dei servizi finali; ii) con riferimento ai mercati dei servizi finali, di trasmissione dati e di accesso a Internet, TI ha violato il principio concorrenziale di non discriminazione, sfruttando illegittimamente la propria posizione dominante sul mercato a monte, commercializzando servizi finali basati sull'applicazione di tecnologie innovative all'infrastruttura di rete pubblica commutata senza consentire ai concorrenti di operare in condizioni di parità sui mercati<sup>110</sup>.

Non mancano, peraltro, provvedimenti nei quali l'AGCM ha inteso applicare l'EFD anche a prodotti coperti da brevetti o comunque qualificabili come invenzioni industriali. In tal senso, vi è una consistente casistica dell'Autorità – peraltro nel solco della citata giurisprudenza *Eastman Kodak* della Corte Suprema USA<sup>111</sup> – relativa al rifiuto di un'impresa di vendere parti di ricambio originali di propri prodotti ad operatori indipendenti, ossia non siano vincolati da rapporti contrattuali di esclusiva con il produttore medesimo.

---

<sup>110</sup> AGCM, A-285 *Infostrada/Telecom Italia – Tecnologia ADSL*, provv. n. 9472 del 27.04.2001, in *Bollettino* 2001, 16-17, pp. 5 ss., pt. 209.

<sup>111</sup> V.: *supra*, cap. I, par. 8. Ma v. altresì: Corte giust. sent. del 5 dicembre 1988, *Volvo c. Veng*, cit.

Ad esempio, con provvedimento del 17 dicembre 1998<sup>112</sup>, l'AGCM ha sanzionato il comportamento di Fiat Ferroviaria, produttore di locomotive ferroviarie che, attraverso il sistematico rifiuto di fornire pezzi di ricambio ad imprese di riparazione indipendenti, aveva riservato a sé il mercato derivato dell'assistenza. In proposito, l'Autorità afferma:

L'intero parco automotrici attualmente in uso sulla rete ferroviaria è di produzione FIAT FERROVIARIA, la quale detiene, pertanto, una posizione dominante sia sul mercato delle automotrici ferroviarie a trazione diesel che su quello della produzione di motori per automotrici e relativi componenti. In questo contesto, il rifiuto da parte di FIAT FERROVIARIA di fornire i componenti di ricambio originali ai propri clienti - nonché concorrenti nel mercato contiguo della revisione e manutenzione dei motori diesel per automotrici - ha consentito alla società di eliminare in tale mercato ogni forma di comportamento competitivo. In definitiva, FIAT FERROVIARIA, rifiutando di fornire i ricambi originali agli altri partecipanti alla gara bandita dalle FERROVIE APPULO-LUCANE, ha sfruttato in modo abusivo la propria posizione dominante nei mercati a monte (automotrici e motori per automotrici) per estendere tale posizione anche nel mercato a valle della revisione<sup>113</sup>.

Similmente, l'Autorità nel provvedimento dell'11 maggio 2000<sup>114</sup>, *Otis-Kone Italia-Schindler*, ha ritenuto che il rifiuto, opposto da produttori di ascensori, di fornire parti di ricambio originali al di fuori di circuiti selezionati, costituisca abuso di posizione dominante, qualora esso debba considerarsi finalizzato esclusivamente ad ostacolare i concorrenti sul mercato derivato, in

---

<sup>112</sup> AGCM, A-209 *Goriziane/Fiat Ferroviaria*, cit.

<sup>113</sup> AGCM, A-209, *Goriziane/Fiat Ferroviaria*, cit., pt. 67.

<sup>114</sup> AGCM, A-256 *Otis-Kone Italia-Schindler*, provv. n. 8272 dell'11.05.2000, in *Bollettino* 2000, 19, pp. 5 ss.

mancanza di precise ragioni tecniche o giustificazioni economiche. Sul punto, il provvedimento recita:

Le risultanze istruttorie evidenziano come le imprese Otis, Kone e Schindler abbiano abusato, ciascuna, della propria posizione dominante nel mercato dei propri pezzi di ricambio originali ponendo in essere una serie di comportamenti miranti a salvaguardare ed accrescere la loro posizione nel mercato dei servizi di manutenzione, rendendo particolarmente oneroso l'accesso a tale mercato da parte di imprese indipendenti. Manifestazione di questa strategia è la politica generalmente adottata dalle imprese di prevedere patti di non concorrenza sul mercato della manutenzione all'interno dei contratti di prestazioni di servizi stipulati con gli installatori, divieti di rivendita di componenti originali imposti ai concessionari, clausole contrattuali uniformi che prevedono la decadenza della garanzia nell'ipotesi in cui la manutenzione non venga affidata al produttore del nuovo impianto. Tali politiche trovano giustificazione unicamente nell'intento di limitare la concorrenza da parte degli operatori indipendenti nel mercato della manutenzione. Va, tra l'altro, osservato che la previsione della clausola subordinante la garanzia dell'impianto installato alla stipula del contratto di manutenzione con la stessa impresa fornitrice esplica intuitiva portata propedeutica alla limitazione all'accesso del mercato della manutenzione per imprese diverse da quella che ha concluso il contratto di fornitura dell'intero impianto [...]. Ne consegue una limitazione alla libertà di accesso al mercato della manutenzione degli ascensori per le imprese che svolgono esclusivamente tale attività<sup>115</sup>.

La casistica più recente dell'Autorità conferma l'applicazione dell'EFD soprattutto nei mercati soggetti a normativa di settore e misure di regolazione, come i servizi di interesse economico generale.

---

<sup>115</sup> AGCM, A-256, *Otis-Kone Italia-Schindler*, cit., pt. 112.

Tra i casi più recenti relativi a tali mercati, si segnala il provvedimento *posta elettronica ibrida* del 29 marzo 2006<sup>116</sup>, con cui l'Autorità ha stabilito che Poste Italiane s.p.a. ha abusato della propria posizione dominante nel mercato della posta elettronica ibrida, privilegiando la propria controllata Postel e rendendo sostanzialmente inaccessibile il mercato liberalizzato ai concorrenti che effettuano attività di stampa e imbustamento della corrispondenza elettronica di grandi imprese. Il servizio di posta elettronica ibrida (PEI) – osserva l'Autorità – è offerto sul mercato in regime di libera concorrenza, sulla base di una semplice autorizzazione, ed esula sia dall'area della riserva attribuita a Poste, sia dall'offerta del servizio universale. Esso consente la trasformazione della corrispondenza spedita per via telematica in normale posta cartacea, attraverso l'elaborazione dei files, la stampa e l'imbustamento.

L'istruttoria, conclusasi con la presentazione di impegni da parte di Poste Italiane s.p.a., e comunque con l'applicazione di una sanzione di € 1,6 milioni, aveva consentito di evidenziare

una consolidata strategia abusiva di POSTE finalizzata a limitare lo sviluppo della concorrenza nel mercato liberalizzato della posta elettronica ibrida. In particolare, tale strategia ha avuto molteplici manifestazioni abusive, quali condotte discriminatorie verso gli operatori PEI e fidelizzanti nei confronti dei concorrenti attuali e potenziali di Postel, impresa da essa controllata che risulta aver operato in questo mercato senza alcuna indipendenza e separazione, ma come strumento della strategia di POSTE con particolare riguardo ai principali clienti<sup>117</sup>.

In sostanza, anche in tale caso l'*incumbent* aveva cercato di riservare ad un'impresa controllata un mercato collegato a quello dominato, ostacolando

---

<sup>116</sup> AGCM, A-365, *Posta Elettronica Ibrida*, provv. n. 15310 del 29.03.2006, in *Bollettino* 2006, 13, pp. 5 ss.

<sup>117</sup> AGCM, A-365, *Posta Elettronica Ibrida*, cit., pt. 392.

l'ingresso di nuovi clienti attraverso il rifiuto di contrattare a condizioni eque, e con l'applicazione di clausole discriminatorie. Peraltro, similmente al citato caso *Infostrada/Telecom Italia – tecnologia ADSL*, l'ex monopolista pubblico si avvaleva del controllo della rete di distribuzione.

Si segnala, inoltre, il provvedimento del 27 dicembre 2006<sup>118</sup>, con cui l'Autorità ha avviato un'istruttoria nei confronti della società Aeroporti di Roma, ipotizzando alcune condotte abusive, tra cui l'applicazione di tariffe discriminatorie alle imprese di *handling* per l'accesso alla c.d. *cargo city*, ossia la zona doganale aeroportuale. Secondo l'AGCM, il gestore degli aeroporti della Capitale, avrebbe sfruttato la propria posizione di monopolio, praticando prezzi idonei a rendere non competitiva l'offerta di imprese che intendevano svolgere il servizio *handler*. Sul punto, nel provvedimento si legge:

Per il mero passaggio all'interno della cargo city – indispensabile per l'assenza di varchi doganali al di fuori di tale area – della merce già allestita, AdR richiede il pagamento di un ammontare pari alla propria tariffa piena, a cui sottrae un ammontare forfetario in ogni caso inferiore ai prezzi praticati dall'handler concorrente per il servizio di allestimento della merce. In tal modo AdR, rende economicamente più svantaggiosa per i vettori aerei la scelta di rivolgersi ai concorrenti, anche a quelli più efficienti nella fase di allestimento della merce. Infatti, le descritte modalità di tariffazione del passaggio attraverso la cargo city sono strutturate da AdR in modo tale da limitare la capacità competitiva di un concorrente più efficiente di AdR, cioè di un operatore in grado di fissare, per l'allestimento della merce, corrispettivi ad un livello più basso rispetto ad AdR. [...] Tale comportamento, pertanto, appare configurare una fattispecie di abuso escludente volto a pregiudicare la capacità competitiva degli operatori concorrenti al di fuori della cargo city, che allo stato rappresentano l'unica alternativa al monopolio di fatto di AdR

---

<sup>118</sup> AGCM, A-376 *Aeroporti di Roma-Tariffe aeroportuali*, provv. n. 16246 del 27.12.2006, in *Bollettino* 2006, 49, pp. 25 ss.

nei servizi, fino ad impedirne l'accesso o determinarne la fuoriuscita dal mercato<sup>119</sup>.

Come si vede, anche in tale caso, peraltro tuttora in corso di istruttoria, l'AGCM valorizza l'applicazione dell'EFD ad una condotta che permetterebbe ad un'impresa, grazie al controllo di un'infrastruttura essenziale, di ostacolare l'ingresso o la permanenza sul mercato di concorrenti efficienti, riservando a se stessa il mercato derivato.

Per dare conto, infine, di ulteriore tipo di casistica dell'EFD nella prassi decisionale dell'AGCM, appare di un certo rilievo la segnalazione al Ministro delle politiche agricole del 3 gennaio 2007<sup>120</sup>, relativa all'Istituto Nord Est Qualità (INEQ), responsabile del controllo e della certificazione della conformità al disciplinare di produzione del prosciutto di San Daniele. Tale Istituto, costituito tra vari enti di settore, tra cui il Consorzio San Daniele<sup>121</sup>, è l'unico ente di certificazione del prosciutto di San Daniele ed opera in base ad un'autorizzazione rilasciata dal Ministero nel 1998. L'Autorità espone che INEQ, in base ad un "piano di programmazione delle attività di controllo" in cui vengono segnalate insufficienti disponibilità di risorse organizzative, consente ad un nuovo produttore (Cresus) di accedere ai controlli, necessari per la commercializzazione del prosciutto di San Daniele, entro il limite di 15.000 pezzi all'anno. Il citato piano adottato da INEQ, peraltro, risulta approvato dal Ministero. Nondimeno, l'Autorità, con la segnalazione citata, ritiene che esso costituisca una misura di contingentamento, contraria al diritto comunitario sotto due diversi profili: a) la normativa comunitaria in materia di produzioni a Denominazione di Origine Protetta è ispirata all'ampia possibilità

---

<sup>119</sup> AGCM, A-376, *Aeroporti di Roma-Tariffe aeroportuali*, cit., pt. 67.

<sup>120</sup> V. AGCM, AS-376 *Consorzio Prosciutto di San Daniele*, segnalazione del 03.01.2007, in *Bollettino* 51-52 del 2006, pp. 231 ss.

<sup>121</sup> INEQ è costituito dai medesimi soggetti che compongono il Comitato interprofessionale incaricato di concertare la politica della qualità del prosciutto di San Daniele DOP, ossia Consorzio San Daniele, Associazione Industriali delle Carni (ASSICA) e Unione Nazionale tra Associazioni Produttori Suini (UNAPROS).

di accesso al marchio, da parte di tutti i produttori che dimostrino di rispettare i disciplinari di produzioni; b) il piano comporta alterazioni delle dinamiche di concorrenza non necessarie al raggiungimento degli obiettivi di tutela della qualità. Sotto tale ultimo aspetto, l'AGCM sottolinea come le modalità di controllo disposte da INEQ siano discriminatorie. In proposito, nella segnalazione si legge quanto segue:

Mentre [...] alle 28 imprese aderenti al Consorzio viene consentito di oltrepassare la soglia di produzione programmata, a patto che esse accettino di sottoporsi ad un piano più esteso di controlli, ai nuovi entranti viene assegnata una quota produttiva che non può essere superata a nessuna condizione, ivi compresa quella di accedere, a proprie spese, al piano di intensificazione dei controlli. In altri termini, l'ente certificatore garantisce una disponibilità illimitata di risorse destinate all'intensificazione dei controlli per i produttori aderenti al Consorzio, mentre ritiene di dover contingentare la propria attività di controllo quando essa viene svolta a favore dei nuovi entranti<sup>122</sup>.

La misura di contingentamento stabilita da INEQ, pertanto, viene ritenuta una restrizione della concorrenza vietata dall'art. 82 CE, operata dai produttori aderenti al Consorzio San Daniele per scoraggiare l'accesso al mercato da parte di nuovi concorrenti. Infatti, la fissazione, peraltro discriminatoria, di una soglia massima di pezzi da sottoporre al controllo non appare giustificata obiettivamente, tanto che essa sembra avere il solo scopo di limitare la produzione in danno delle nuove imprese entranti sul mercato del prosciutto di San Daniele.

---

<sup>122</sup> V. AGCM, AS-376, *Consorzio Prosciutto di San Daniele*, cit., p. 233.



### CAPITOLO III

#### **Sintesi: comparazione tra concetto americano ed europeo di *Essential Facilities Doctrine*.**

##### **1. *Essential Facilities Doctrine*: un “epiteto” a sintesi di un principio da applicare.**

Come si è visto nell’esame della casistica rassegnata, la dottrina delle *essential facilities* consente di obbligare un’impresa monopolista a condividere un’infrastruttura con i propri concorrenti sul mercato derivato. Comprensibilmente, l’elaborazione dell’EFD è stata osteggiata dalle grandi imprese, interessate a conservare l’esclusivo godimento delle proprie infrastrutture e, soprattutto, il proprio potere di mercato.

Si è sopra evidenziato come il diritto di accesso all’infrastruttura debba essere bilanciato con altre esigenze: il diritto di proprietà, così come l’autonomia contrattuale, sono principi fondamentali comuni a tutti gli ordinamenti democratici<sup>123</sup>; inoltre, la stessa Commissione ha mostrato di comprendere come un’applicazione non accurata dell’EFD possa causare

---

<sup>123</sup> Peraltro, la stessa giurisprudenza che afferma l’EFD riconosce parimenti il principio di autonomia contrattuale. Sul punto, *ex multis*, v. *Aspen Skiing*, cit., in base alla quale non esiste, in generale, alcun obbligo del monopolista di cooperare con i suoi concorrenti, ed anzi, di regola il monopolista – al pari di qualunque altro imprenditore – ha diritto di scegliere la propria controparte contrattuale.

disincentivi agli investimenti, pregiudicando, in ultima analisi, gli interessi dei consumatori.

In linea generale, si può osservare come l'applicazione del diritto della concorrenza, anche al di fuori dei casi relativi ad infrastrutture essenziali, può comportare significative limitazioni dei citati diritti fondamentali<sup>124</sup>. Un'efficace normativa *antitrust* deve contrastare i monopoli ed assicurare la concorrenzialità del mercato, anche quando ciò possa determinare qualche limitazione del diritto di proprietà o di autonomia contrattuale.

La casistica rassegnata dimostra la consistenza dell'*essential facilities doctrine* in giurisprudenza, sia negli Stati Uniti sia nell'Unione europea. Appare difficilmente contestabile l'esistenza di una prassi applicativa dell'EFD da parte della Commissione, delle autorità nazionali di garanzia della concorrenza e delle stesse corti, nonostante queste ultime siano poco inclini a citarla formalmente nelle proprie sentenze.

Ciò non significa che i confini applicativi dell'EFD siano del tutto condivisi. A partire da un celebre scritto del professor Philip Areeda del 1989<sup>125</sup>, buona parte della dottrina antitrust, americana ed europea, si chiede come limitare il diritto di accesso alle infrastrutture essenziali, che è il cuore pulsante della teoria stessa. Le osservazioni critiche nei confronti dell'EFD, spinte sino al disconoscimento del principio affermato, sono state importate in Europa da recente dottrina, che – argomentando sulla base della sentenza della Corte Suprema *Trinko* – ne propone una rivisitazione in chiave restrittiva<sup>126</sup>.

A parere di chi scrive scrivente, invece, la dottrina delle *essential facilities* dovrebbe essere applicata ed, anzi, rafforzata invece che contestata o limitata.

---

<sup>124</sup> Si pensi, in proposito, a tutte le violazioni antitrust commesse attraverso contratti: in tali casi, il principio di autonomia contrattuale non può certo fare salva la validità od efficacia dei negozi conclusi in violazione del diritto della concorrenza.

<sup>125</sup> V.: P. AREEDA, *Essential Facilities ...*, cit.

<sup>126</sup> In tal senso, v. D. GERADIN, *Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What can the EU learn from the U.S. Supreme Court's Judgement in Trinko in the wake of Microsoft, IMS, and Deutsche Telekom?*, in *Common Market Law Review*, Dec. 2005, pp. 1519 ss. e C. GRAHAM, *Essential facilities and services of general interest*, in *Diritto e Politiche Europee*, 2007, 1, pp. 22 ss.

In particolare, il *case study* oggetto della seconda parte del presente elaborato intende dimostrare che nel settore dell'energia l'EFD trova una piena legittimazione non solo giuridica ma anche economica. Di più, essa si dimostra fondamentale per l'attuazione del mercato interno nel settore dell'elettricità e del gas naturale, potendo essere affiancata all'applicazione delle regole settoriali dettate dalle direttive di liberalizzazione di tali mercati.

Rimandando alla parte seconda dell'elaborato l'analisi dell'applicazione dell'EFD alle reti energetiche, nel presente capitolo si intende fornire una sintesi critica dei principi affermati dalla giurisprudenza rassegnata nei capitoli precedenti.

## **2. L'elaborazione dell'*essential facilities doctrine*.**

Come si è visto sopra, la dottrina delle *essential facilities* emerge con la sentenza *Terminal Railroad Association of St. Louis del 1912*<sup>127</sup>, nell'ambito di un caso relativo all'applicazione dell'art. 2 dello *Sherman Antitrust Act*<sup>128</sup> ad una linea ferroviaria.

La casistica successivamente sviluppatasi ha riguardato infrastrutture molto diverse tra loro.

Numerosi casi hanno ad oggetto infrastrutture essenziali per motivi naturali o geografici. Si pensi, ad esempio, al caso *Aspen Skiing*<sup>129</sup>, in cui la natura essenziale degli impianti di risalita e delle stesse piste sciistiche dipendeva principalmente dalle caratteristiche dei luoghi.

In numerosi altri casi, l'essenzialità dell'infrastruttura dipende, invece, dalla disciplina normativa di settore o da atti amministrativi: in proposito, si

---

<sup>127</sup> V. *supra*, cap. I, par. 2.

<sup>128</sup> Cit. *supra*, nota n. 1.

<sup>129</sup> V. *supra*, cap. I, par. 7.

pensi ai casi *Otter Tail Power*<sup>130</sup> e *MCI Communications*<sup>131</sup>, entrambi relativi ad infrastrutture di rete realizzate prima della liberalizzazione dei mercati. A prescindere dalla natura pubblica o privata dell'investimento – elemento questo di maggiore rilevanza in ambito europeo – nei casi di questo tipo le imprese titolari delle infrastrutture potevano avvantaggiarsi della difficoltà dei concorrenti di duplicare le reti, almeno nel breve-medio periodo; si trattava, in sostanza, del c.d. *first mover advantage*.

Sono, invece, ben più rari i casi di applicazione dell'EFD ad infrastrutture realizzate da un'impresa grazie ai propri investimenti e con la propria abilità ed innovazione<sup>132</sup>.

La notevole varietà della casistica ha indotto parte della dottrina a contestare l'*essential facilities doctrine*. In proposito, il prof. Areeda, nel citato articolo, scrisse:

It is less a doctrine than an epithet indicating some exceptions to the right to keep one's creation to oneself, but not telling us what those exceptions are<sup>133</sup>.

In un altro scritto, il prof. Hovenkamp, discepolo di Areeda, afferma:

We state our belief that the essential facilities doctrine is both harmful and unnecessary and should be abandoned [...]. In virtually every instance where

---

<sup>130</sup> V. *supra*, cap. I, par. 5.

<sup>131</sup> V. *supra*, cap. I, par. 6.

<sup>132</sup> È forse lecito annoverare tra questi il caso *Microsoft*. Più in generale, è possibile affermare che i diritti di proprietà intellettuale, acquisiti da un'impresa grazie ai propri investimenti ed a proprio rischio, sono più raramente limitati attraverso l'applicazione dell'*essential facilities doctrine*. La letteratura sull'argomento è vasta; in particolare, v.: M. SIRAGUSA–M. BERETTA, *La dottrina delle essential facilities del diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, in *Contratto e impresa / Europa*, 1999, 1, pp. 260 ss.; R. PARDOLESI–M. GRANIERI, *Licenza obbligatoria ed essential facilities nell'antitrust comunitario (nota a Corte giust. CE 29 aprile 2004, n. C-418/01, IMS Health GmbH & Co. c. NDC Health GmbH & Co. KG)*, in *Rivista Diritto Industriale*, 2004, pp. 323 ss.; J. TURNEY, cit.; F. LEVEQUE, cit.

<sup>133</sup> P. AREEDA, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, in *Antitrust Law Journal*, 1989, vol. 58, pp. 841 ss.

competitive problems can be effectively addressed by forcing the monopolist to deal, traditional doctrine of refusal to deal is sufficient to the task<sup>134</sup>.

La posizione della dottrina citata, benché autorevole, appare tuttavia minoritaria se si tiene conto della vasta giurisprudenza statunitense<sup>135</sup>, e dei documenti ufficiali che attestano la posizione del Governo statunitense<sup>136</sup>, della Federal Trade Commission<sup>137</sup> e dell'American Bar Association<sup>138</sup>. Partendo da tale prassi applicativa, l'OECD, con il contributo delle autorità nazionali e della Commissione europea, ha elaborato una ricostruzione del concetto di *essential facilities*<sup>139</sup>, sintetizzandone i contenuti in *guidelines* ed evidenziando anche le peculiarità che ne hanno caratterizzato l'applicazione negli Stati Uniti ed in Europa<sup>140</sup>.

Secondo l'elaborazione dell'OECD, quattro sono i presupposti in presenza dei quali può essere ordinarsi ad un'impresa di consentire ad un concorrente di accedere ad una propria infrastruttura:

- 1) control of the essential facility by a monopolist;

---

<sup>134</sup> P. AREEDA, H. HOVENKAMP, *Fundamentals of Antitrust Law*, New York, 2003.

<sup>135</sup> Oltre alle sentenze rassegnate nel Capitolo I, v.: *Hecht v. Pro-Football, Inc.*, 570 F.2d 982, 992-93 & n.44 (D.C. Cir. 1977), *cert. denied*, 436 U.S. 956 (1978); *Interface Group, Inc. v. Massachusetts Port Authority*, 816 F.2d 9, 12 (1st Cir. 1987); *Delaware & Hudson Ry. Co. v. Consol. Rail Corp.*, 902 F.2d 174, 179 (2d Cir. 1990); *Ideal Dairy Farms, Inc. v. John Labatt, Ltd.*, 90 F.3d 737, 748 (3d Cir. 1996); *Advanced Health Care Servs. v. Radford Community Hosp.*, 910 F.2d 139, 150 (4th Cir. 1990); *Mid-Texas Communications Sys., Inc. v. AT&T*, 615 F.2d 1372, 1387 n.12 (5th Cir. 1980); *Byars v. Bluff City News Co.*, 609 F.2d 843 (6th Cir. 1979); *City of Malden v. Union Elec. Co.*, 887 F.2d 157, 160 (8th Cir. 1989); *Vernon v. Southern California Edison Co.*, 955 F.2d 1361, 1366-67 (9th Cir. 1992); *BellSouth*, 299 F.3d at 1285-88; *Intergraph Corp. v. Intel Corp.*, 195 F.3d 1346, 1356-57 (Fed. Cir. 1999).

<sup>136</sup> V.: Organisation for Economic Co-operation and Development, *The Essential Facilities Concept*, OCDE/GD(96)113, Parigi, 1996, pp. 87 ss.

<sup>137</sup> V.: OECD, *The Essential Facilities Concept*, cit., pp. 81 ss.

<sup>138</sup> V.: American Bar Association, *The Essential Facilities Concept, Antitrust Law Developments (Third)*, pp. 246-250; v. altresì: American Bar Association, *Joint Comments of the American Bar Association's Section of Antitrust Law, Section of Intellectual Property Law and Section of International Law and Practice on the Report of the Study Group on the Antimonopoly Act of Japan*, 2003, disponibile su [www.abanet.org](http://www.abanet.org).

<sup>139</sup> V.: OECD, *The Essential Facilities Concept*, cit.

<sup>140</sup> Sul punto, v. *infra* paragrafo seguente.

- 2) a competitor's inability practically or reasonably to duplicate the essential facility;
- 3) the denial of the use of the facility to a competitor;
- 4) the feasibility of providing the facility<sup>141</sup>.

Quanto al primo punto, mentre la qualificazione dell'impresa in posizione di monopolio corrisponde ad un concetto comune del diritto *antitrust*, l'elemento dell'essenzialità dell'infrastruttura è, ovviamente, peculiare. La casistica applicativa non ha chiarito in che modo stabilire l'essenzialità, per cui non esiste una ricostruzione univoca di tale elemento. Tuttavia, la giurisprudenza americana mostra di esaminare tale requisito con rigore. Nel caso *Gregory*, ad esempio, è stato negato che l'accesso ad una rievocazione storica annuale (il *Rendezvous* del Wyoming) sia essenziale per permettere ad un produttore e venditore di articoli tipici di restare sul mercato, poiché, a giudizio della Corte distrettuale, esistevano altri canali di vendita oltre alla manifestazione controversa. Altri casi restano piuttosto controversi in dottrina, come quello *Hecht v. Pro-Football Inc.*<sup>142</sup>, in cui è stata applicata l'EFD ad uno stadio. Occorre, tuttavia, sottolineare come la valutazione relativa alla sostituibilità implichi un'accurata considerazione dei costi connessi in concreto alla ricerca di un'infrastruttura alternativa; in altre parole, sostituibilità ed alternatività non appaiono concetti coincidenti<sup>143</sup>.

Più in generale, la giurisprudenza ha negato la sussistenza dell'elemento dell'essenzialità nei casi in cui l'infrastruttura poteva ritenersi sostituibile, dal lato dell'offerta o della domanda.

La nozione di “non duplicabilità” da parte del concorrente appare, in concreto, un diverso modo di definire l'essenzialità, vista dalla prospettiva del

---

<sup>141</sup> V.: OECD, *The Essential Facilities Concept*, cit., p. 7.

<sup>142</sup> V. *Hecht v. Pro-Football, Inc.*, 570 F.2d 982, 992-93 & n.44 (D.C. Cir. 1977), *cert. denied*, 436 U.S. 956 (1978). Per una posizione critica v.: C. GRAHAM, cit.

<sup>143</sup> Sul punto, in ambito europeo, la vasta casistica della Commissione relativa a porti e linee ferroviarie è criticata da parte della dottrina (C. GRAHAM, cit.), che sostiene la necessità di un più rigoroso esame del mercato rilevante.

soggetto che intende accedere al mercato, avvalendosi dell'infrastruttura del monopolista.

In proposito, l'analisi andrebbe svolta sotto due distinti profili. In prima battuta, occorre verificare se l'infrastruttura costituisca un monopolio naturale: in tal caso, la non duplicabilità si desume pressoché automaticamente. Se, invece, l'infrastruttura controversa non costituisce un monopolio naturale, occorre esaminare se esistano ostacoli alla concreta duplicazione di essa e se tali ostacoli siano obiettivamente insormontabili. Sul punto, l'analisi deve essere necessariamente rigorosa, poiché in molti casi "l'apertura" dell'infrastruttura per ordine dell'autorità competente potrebbe disincentivare gli investimenti infrastrutturali, causando in concreto una diminuzione della concorrenza, per lo meno nel lungo periodo, a danno dei consumatori. Dal punto di vista economico, tuttavia, la valutazione degli incentivi e disincentivi agli investimenti conseguenti dall'apertura delle infrastrutture è questione molto controversa in dottrina<sup>144</sup>. Nella casistica sono state ritenute non ragionevolmente duplicabili le infrastrutture di servizi pubblici a rete o altri tipi di infrastrutture la cui costruzione comporti ingenti investimenti. Non esiste, comunque, una definizione generale che consenta di comprendere in quali casi la duplicabilità dell'infrastruttura sia irragionevole o impraticabile, anche perché tali concetti, per loro natura, sono sottoposti al concreto e prudente apprezzamento del giudice. Si può affermare, tuttavia, che la non duplicabilità vada apprezzata obiettivamente e non in relazione alle caratteristiche soggettive del concorrente che pretenda di accedere all'infrastruttura<sup>145</sup>.

Relativamente al terzo punto, ossia il diniego di accesso di un concorrente, l'esame deve concentrarsi sui due elementi del diniego e del

---

<sup>144</sup> In proposito, v.: S.W. WALLER-B.M. FRISCHMANN, *The essential nature of infrastructure or the infrastructural nature of essential facilities*, Chicago, 2007, fornito da Social Science Research Network, New York, <http://papers.ssrn.com>.

<sup>145</sup> Sul punto è consistente la giurisprudenza comunitaria, oltre che quella statunitense. V.: Concl. Avv. gen. Jacobs in causa *Bronner*, cit., *supra*, cap. II; v. altresì: Concl. Avv. gen. Tizzano in causa *IMS Health*, cit., *supra*, cap. II.

rapporto di concorrenza tra impresa titolare dell'infrastruttura ed impresa che subisce il diniego. A proposito del primo elemento, la giurisprudenza ha ritenuto equivalenti al diniego il ritardo o la dilazione della stipulazione di un accordo per l'accesso, ovvero la richiesta di tariffe discriminatorie od eccessivamente elevate. Nel caso *Aspen Skiing*, ad esempio, *Ski Co.* non negava in assoluto l'accesso agli sciatori in possesso dello *ski-pass* onnicomprensivo, ma applicava tariffe eccessivamente elevate e discriminatorie. Nel caso *MCI Communication*, vi era invece il ricorso ad un contenzioso fittizio al solo scopo di ostacolare o ritardare l'accesso alla rete telefonica locale.

Il secondo elemento, cioè il rapporto di concorrenzialità tra le due imprese, deve essere apprezzato in relazione al mercato derivato. Ciò comporta l'individuazione di un mercato rilevante, che sia inscindibilmente collegato all'infrastruttura essenziale. L'individuazione del mercato rilevante è sempre un'operazione complessa, in cui occorre considerare il grado di sostituibilità dei prodotti in questione. Il caso *Eastman Kodak*<sup>146</sup> ha mostrato come il mercato dell'assistenza e della fornitura di parti originali di ricambio sia un mercato separato dalla produzione delle macchine e delle stesse parti ricambio, situato a valle di questi; per accedere a tale mercato, un concorrente di *Kodak* doveva necessariamente disporre delle parti di ricambio originali fornite dal produttore<sup>147</sup>.

Infine, il quarto ed ultimo presupposto è costituito dalla "fattibilità" dell'accesso, nel senso che dal punto di vista tecnico ed economico, dovrebbe essere possibile 'aprire' l'infrastruttura a terzi soggetti. In tal senso, secondo la giurisprudenza, l'accesso dovrebbe essere negato qualora sia tecnicamente impraticabile ovvero se esso impedisca all'impresa monopolista di adempiere

---

<sup>146</sup> V. *supra*, cap. I.

<sup>147</sup> La casistica di questo tipo, comunque, è assai consistente anche in ambito comunitario ed italiano. In proposito, *ex multis*, v.: Corte giust. sent. *Volvo*, cit.; AGCM *Goriziane/Fiat Ferroviaria*, cit. Si rinvia al capitolo precedente.

agli obblighi contrattuali con i propri clienti<sup>148</sup>. Più in generale, occorre esaminare se vi sia una valida ragione per il diniego di accesso: la giurisprudenza esaminata esclude il ricorso ad un'ordine di accesso quando il rifiuto si basi su una «*legitimate business justification*».

### 3. Il concetto europeo di *essential facilities*.

Sussistono alcune differenze tra la versione statunitense dell'EFD, così come sintetizzata nel paragrafo precedente, e la versione europea. Esse, comunque, appaiono più formali che sostanziali, anche se la casistica europea tende ad essere più ampia rispetto a quella nordamericana.

Come detto sopra, sin dall'introduzione dell'elaborato, l'applicazione dell'*essential facilities doctrine* in Europa è collegata all'articolo 82 del Trattato, che – come noto – vieta ad un'impresa dominante di abusare della propria posizione di mercato. Taluni evidenziano, allora, che una prima differenza tra i due concetti di EFD sarebbe costituita dalla quota di mercato dell'impresa che controlla l'infrastruttura: essa dovrebbe essere monopolista secondo l'impostazione statunitense, mentre potrebbe non esserlo nell'impostazione comunitaria, bastando la posizione dominante ad integrare la fattispecie vietata dall'articolo 82.

Tale differenziazione appare tuttavia speciosa.

Il concetto di essenzialità, infatti, va posto in collegamento con quello di sostituibilità dell'infrastruttura. In altre parole, il criterio per determinare se un'infrastruttura sia necessaria per competere nel mercato a valle è correlato al

---

<sup>148</sup> V. *Oahu Gas Serv., Inc. v. Pacific Resources Inc.*, 838 F.2d 360, 368-369 (9th Cir.), *cert. denied*, 488 U.S. 870 (1988).

criterio di definizione del mercato rilevante<sup>149</sup>. Esiste, tuttavia, un'importante differenza tra il grado di sostituibilità che deve sussistere per definire il mercato rilevante e quello che deve esistere per ritenere essenziale l'accesso all'infrastruttura. Nel primo caso, la sostituzione non deve avvenire a meno che non vi sia stato un significativo e non transitorio aumento del prezzo (c.d. test SSNIP<sup>150</sup>). Nel secondo caso, invece, l'incremento del prezzo è pressoché irrilevante, poiché la sostituzione non può avvenire: un significativo incremento del prezzo ridurrà o annullerà la domanda e, perciò, le imprese che intendono accedere all'infrastruttura non entreranno affatto nel mercato.

Sussistono, invece, alcune differenze sotto il profilo dei rimedi a disposizione delle autorità statunitensi e di quelle europee<sup>151</sup>. Infatti, mentre nella giurisprudenza statunitense prevale l'ordine di accesso, accanto al rimedio risarcitorio<sup>152</sup>, la casistica comunitaria ed italiana evidenzia una maggiore ampiezza di rimedi a disposizione della Commissione, delle autorità antitrust e dei giudici nazionali. Fermo restando che questi ultimi sono competenti per il risarcimento del danno conseguente alla violazione delle regole di concorrenza<sup>153</sup>, la Commissione dispone di un'efficace potere sanzionatorio, a

---

<sup>149</sup> V.: Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (97/C 372/03), in *GUCE* n. C 372 del 09.12.1997, pp. 5 ss.

<sup>150</sup> Il test SSNIP (*Small but Significant Non-transitory Increase in Prices*) è anche definito test del monopolista ipotetico.

<sup>151</sup> Il sistema statunitense, peraltro, prevede anche sanzioni penali a carico delle persone responsabili di talune violazioni *antitrust* (v. nota successiva). Il bene giuridico del mercato è talora tutelato da norme penali anche in ambito europeo; poiché, tuttavia, la competenza in materia appartiene agli Stati membri, la disciplina penale *antitrust* esula dall'oggetto del presente studio.

<sup>152</sup> Nell'applicazione dello *Sherman Act* vige il sistema dei c.d. *treble damages*, ossia danni triplicati, per cui il risarcimento del danno si rivela una misura efficace anche come deterrente. La violazione dello *Sherman Act*, inoltre, può essere punita attraverso vere e proprie sanzioni penali; l'efficacia di tali sanzioni, comunque, è controversa, dal momento che l'applicazione di una pena deve conseguire ad un giudizio non solo di obiettiva causazione dell'evento (es. monopolizzazione) ma anche di valutazione dell'elemento soggettivo del reo.

<sup>153</sup> In proposito, v. L. 10 ottobre 1990 n. 287, in *Gazz. Uff.* del 13.10.1990 n. 240. L'art. 33 stabilisce quanto segue:

Competenza giurisdizionale.

cui può accompagnare l'ordine di accesso dei terzi all'infrastruttura essenziale. Peraltro, sovente la sanzione può essere sostituita – e viene di fatto sovente sostituita – almeno parzialmente, dalla presentazione di impegni da parte dell'impresa “indagata”, che – se accettati – divengono a tutti gli effetti obbligatori.

Nel caso dei mercati regolati, inoltre, si assiste di recente ad una positiva collaborazione delle autorità *antitrust* con le autorità incaricate della regolazione di settore: ciò consente alle seconde, grazie alle specifiche competenze tecniche in loro possesso, di evidenziare e di far comprendere più facilmente alle prime i profili di illiceità di determinate condotte, talora molto complesse. Nell'esperienza italiana accade sempre più frequentemente che le autorità di regolazione settoriale denunciino presunti illeciti concorrenziali, stimolando le inchieste antitrust ed accompagnando l'attività istruttoria dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Inoltre, successivamente alla chiusura delle inchieste, le autorità di regolazione di settore possono essere incaricate dalle autorità antitrust di verificare l'ottemperanza dell'impresa *incumbent* ai provvedimenti emanati per ordinare la condivisione delle infrastrutture.

Un concreto esempio di intensa collaborazione tra autorità antitrust e regolatore di settore è il citato caso *Comportamenti restrittivi sulla borsa elettrica*<sup>154</sup>, in cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha avviato un'istruttoria in base ad una denuncia dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas ed ha basato l'ipotesi di abuso di posizione dominante su prove pressoché integralmente fornite dall'Autorità. In seguito all'approvazione degli impegni

---

1. I ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi adottati sulla base delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della presente legge rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Essi devono essere proposti davanti al Tribunale amministrativo regionale del Lazio.

2. Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti alla corte d'appello competente per territorio.

<sup>154</sup> V. AGCM, A-366 *Comportamenti restrittivi sulla borsa elettrica*, provv. 16250 del 20.12.2006, in *Bollettino* 2006, 49, pp. 10 ss.

presentati da ENEL, è lecito pensare che la stessa Autorità per l'energia e il gas svolgerà un consistente ruolo di controllo dell'ottemperanza degli impegni medesimi.

Ancor prima, comunque, l'AGCM e l'Autorità per l'energia elettrica e il gas avevano svolto un'indagine conoscitiva congiunta sullo stato della liberalizzazione dei settori dell'energia elettrica e del gas naturale<sup>155</sup>, condividendo le rispettive competenze tecnico-giuridiche in un documento di notevole rilevanza, tanto che le risultanze sono state successivamente utilizzate in istruttorie dell'Autorità antitrust<sup>156</sup>.

In seguito alla citata sentenza della Corte Suprema USA *Trinko* del 2004, sopra rassegnata, si sono registrate consistenti spinte alla rivisitazione dell'EFD da parte della dottrina, sia negli Stati Uniti, sia in Europa<sup>157</sup>.

Si deve, tuttavia, osservare che il proposto ripensamento, per non dire abolizione, della dottrina delle *essential facilities* appare infondato oltre che rischioso.

In proposito, la sentenza *Gregory* del 2006<sup>158</sup>, sopra commentata, evidenzia come la dottrina in argomento non sia stata né sminuita né, tantomeno, cancellata dalla precedente *Trinko*. Invero, l'estensore della sentenza *Trinko*, giudice Scalia, pretende di andare oltre l'impostazione critica, principalmente sostenuta in dottrina da Areeda e Hovenkamp. Questi ultimi, infatti, non hanno effettivamente negato l'esistenza dell'EFD nella giurisprudenza americana, ma ne hanno viceversa proposto una limitazione a casi del tutto eccezionali<sup>159</sup>. Sembra, inoltre, che l'altra affermazione del

---

<sup>155</sup> V. AGCM, IC-22 *Stato della liberalizzazione dei settori dell'energia elettrica e del gas naturale*, provvedimento n. 14031 del 09.02.2005 (chiusura indagine), in *Bollettino* 2005, 6, pp. 25 ss.

<sup>156</sup> V.: AGCM, A-358, *Eni-Trans Tunisian Pipeline*, provv. n. 15174 del 15.02.2006 (chiusura istruttoria), in *Bollettino* 2006, 5, pp. 5 ss.

<sup>157</sup> V. D. GERADIN, cit., pp. 1519 ss.; C. GRAHAM, cit., pp. 22 ss..

<sup>158</sup> V. *supra*, parte I, cap. I, par. 10.

<sup>159</sup> Per una critica alla posizione di Areeda, v.: J. TEMPLE LANG, *Defining legitimate competition: companies' duties to supply competitors, ad access to essential facilities*, in *Fordham International Law Journal*, 1994, vol. 18, pp. 245 ss.

giudice Scalia, in base alla quale l'esistenza di un regime di regolazione settoriale dovrebbe escludere l'applicazione delle norme antitrust, non possa non esporsi a forti critiche, che si rimandano tuttavia alla seconda parte dell'elaborato.

In ambito europeo, peraltro, sembra emergere negli ultimi anni una lettura alternativa dell'EFD, non necessariamente limitativa, bensì più consapevole dell'impatto delle decisioni antitrust sui bilanci delle imprese interessate, e più in generale sul mercato.

In seguito alla decisione *Microsoft*, infatti, la Commissione sembra aver intrapreso la strada, invero suggerita da autorevole dottrina in tempi non più recentissimi<sup>160</sup>, di verificare quanto sia importante l'accesso all'infrastruttura essenziale per l'instaurazione di una concorrenza i cui benefici possano essere percepiti dai consumatori finali.

In tal senso, nell'ottica di una possibile riforma dell'art. 82 CE, la Commissione ha predisposto un *Discussion Paper*<sup>161</sup> in cui, tra l'altro, si propone un riordino delle cause di giustificazione del rifiuto di fornitura<sup>162</sup>, potenzialmente applicabili anche ai casi di diniego di accesso ad un'infrastruttura essenziale, individuando tre possibili tipi di difesa.

In primo luogo, il diniego potrebbe essere giustificato in relazione al verificarsi di fatti obiettivi, estranei alle imprese in concorrenza e soprattutto indipendenti dall'impresa dominante. Si tratta delle ipotesi di *legitimate business justification*, già esaminate con riguardo al concetto statunitense di *essential*

---

<sup>160</sup> V.: J. TEMPLE LANG, *Defining Legitimate competition ...*, cit.

<sup>161</sup> DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses - Public consultation. Il documento è disponibile nel sito internet della DG Concorrenza: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/index.html>

<sup>162</sup> Alcuni commentatori hanno osservato come il *discussion paper* non si limiti ad una ricognizione dello "stato dell'arte", ma abbia contenuti innovativi; tra questi, v.: M.A. GRAVENGAARD, *The meeting competition defence principle – a defence for price discrimination and predatory pricing?*, in *European Competition Law Review*, 2006, pp. 658 ss.

*facilities doctrine*<sup>163</sup>. In questi tipo di difesa rientrano, ad esempio, motivi di sicurezza o tutela della salute.

In secondo luogo, l'impresa dominante potrebbe giustificarsi dimostrando che la condotta, in sé abusiva, costituisce la reazione alla pressione concorrenziale portata da un'altra impresa (c.d. *meeting competition defence*). Tale tipo di difesa risulta tuttavia difficile da ipotizzare in casi riguardanti *essential facilities*, visto che l'impresa che detiene il controllo dell'infrastruttura dovrebbe essere sostanzialmente immune dalla pressione concorrenziale di altri operatori; l'esistenza di una pressione concorrenziale, infatti, mal si concilia con l'essenzialità dell'infrastruttura, poiché se altri soggetti sono in grado di competere sul mercato rilevante senza accedervi, ciò potrebbe significare che l'infrastruttura medesima non è indispensabile. La portata della difesa in questione, comunque, è piuttosto limitata, in quanto essa può applicarsi soltanto in caso di violazioni relative alla fissazione di prezzi. L'onere della prova, peraltro, è particolarmente gravoso, poiché l'impresa interessata dovrà dimostrare non solo la necessità della propria condotta, ma anche l'idoneità della condotta stessa a contrastare il comportamento del concorrente e la proporzionalità rispetto alla pressione concorrenziale subita<sup>164</sup>. Inoltre, la Commissione precisa che, ovviamente, la *meeting competition defence* non può essere invocata qualora vi sia la prova che l'intento effettivamente perseguito sia quello di escludere un concorrente<sup>165</sup>.

In terzo luogo, l'impresa dominante ha a disposizione anche una "*efficiency defence*", nel senso che potrebbe giustificare il rifiuto di fornitura di un'infrastruttura essenziale dimostrando un maggiore beneficio per i consumatori. Naturalmente, anche in tale ipotesi l'onere della prova sarebbe

---

<sup>163</sup> V. paragrafo precedente. Sull'argomento, v. altresì: OECD; *The essential facilities concept*, cit., p. 89.

<sup>164</sup> Sul punto, tra gli scritti più recenti, v.: M.A. GRAVENGAARD, cit., p. 676.

<sup>165</sup> Sul punto, v.: Corte di giustizia CE, sentenza 14.02.1978, *United Brand c. Commissione*, in causa C-27/76, Racc., 1978, pp. 207 ss.

posto a carico dell'impresa che invoca la giustificazione. In proposito, nel *Discussion paper* si legge quanto segue:

It may be an objective justification for a termination of a supply relationship that an undertaking being terminated is not able to provide the appropriate commercial assurances that it will fulfil its obligations. The dominant company may also argue that it is terminating the supply relationship because it wants to integrate downstream and itself perform the downstream activities. In such a situation it falls upon the dominant company to show that consumers are better off with the supply relationship terminated. This situation should be compared with both the existing situation continuing and with the situation where the vertically integrated dominant company competes downstream with its input customers<sup>166</sup>.

Tra le valide giustificazioni del diniego di accesso non rientrano automaticamente gli obblighi contrattuali dell'*incumbent*. Occorrerà, in proposito, verificare se gli impegni contrattuali che vincolano la capacità disponibile dell'infrastruttura siano di durata ragionevole, soprattutto qualora siano stati conclusi poco tempo prima dell'entrata in vigore di disposizioni comunitarie di liberalizzazione<sup>167</sup>.

Nel tenere conto delle giustificazioni, in particolare della c.d. *efficiency defence*, occorre tuttavia esaminare la posizione dell'impresa dominante sul mercato. Infatti, la condotta escludente potrebbe consolidare la posizione dominante dominante o addirittura monopolistica di un'impresa su un dato mercato, ritardando o rendendo più difficile la concorrenza. In proposito, uno dei primi commentatori del *discussion paper* ha affermato:

---

<sup>166</sup> DG Competition *Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, cit., p. 60, pt. 9.2.1.4.

<sup>167</sup> In proposito, in dottrina v.: J. TEMPLE LANG, cit.; in giurisprudenza v.: Corte di giustizia CE, sentenza 07.06.2005, *Vereniging voor energie*, in causa C-17/03, Racc., 2005, pp. I-4983 ss.

Obviously, the level of market power needs to be taken into account. When market power grows, and hence the likely impact of exclusionary conduct increases, it will become increasingly difficult to defend that there are efficiencies, that there is sufficient pass-on to consumers and that competition will not be eliminated<sup>168</sup>.

Inoltre, appare di notevole rilievo la circostanza che la Commissione proponga di distinguere tipologie di rifiuto di accesso anche in base agli investimenti che hanno consentito di costruire l'infrastruttura essenziale. In proposito, la Commissione riconosce che solo in casi eccezionali si può ordinare l'apertura di un'infrastruttura realizzata da un'impresa con propri investimenti e a proprio rischio; per converso, si afferma un maggior rigore qualora l'*essential facility* sia stata realizzata con investimenti pubblici ovvero grazie a diritti esclusivi accordati dall'autorità pubblica. Sul punto, la Commissione afferma:

The circumstances in which a refusal to supply by a dominant company may be abusive are therefore more likely to be present when it is likely that the investments that have led to the existence of the indispensable input would have been made even if the investor had known that it would have a duty to supply. This could be the case if the input is indispensable only because the owner enjoys or has enjoyed until recently special or exclusive rights within the meaning of Article 86(1) EC. Another example could be that the original investment primarily was made for reasons not related to the market in which the company asking access to the input intends to use the input. The original investment in a facility may also have been made by a public authority using investment criteria that likely would have led to the investment being made even if there would have been a duty to supply. And the investments behind innovations leading to intellectual property rights may not have been

---

<sup>168</sup> L. PEEPERKORN, *Commission publishes discussion paper on abuse of dominance*, in *Competition Policy Newsletter*, 2006, 1, pp. 4 ss.

particularly significant, in which case it may be likely that the investment would have been made even knowing that a duty to supply would be imposed. In making such assessments the Commission will take account of the respective values that are at stake, including the possibile positive effects on incentives to follow-on investment from allowing access<sup>169</sup>.

Tale ricostruzione, peraltro, appare del tutto coerente con la casistica esaminata<sup>170</sup>, in cui la Commissione ha posto talora in rilievo la circostanza che l'infrastruttura fosse stata realizzata grazie ad investimenti pubblici prima della liberalizzazione del mercato in questione. Sotto diverso profilo, si potrebbe ricordare come, nell'opposta situazione, la giurisprudenza abbia mostrato particolare cautela. Si pensi, ad esempio, ai casi relativi all'invocata applicazione dell'*essential facilities doctrine* ad oggetti coperti da brevetto ovvero frutto di investimenti ed innovazione dell'impresa dominante<sup>171</sup>.

Non mancano, tuttavia, degli elementi di novità nel *Discussion Paper*. Sembra, soprattutto, che la Commissione proponga di ampliare l'ambito della c.d. *efficiency defence* sopra descritta. Vero è che il documento della DG Concorrenza si riferisce, in particolare, ai casi di interruzione di fornitura e non, quindi, a tutti i casi di rifiuto di fornitura. Inoltre, l'*efficiency defence*, così come presentata dalla Commissione, non era stata affatto considerata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Commercial Solvents*<sup>172</sup>.

Il vantaggio del consumatore, tuttavia, nel *Discussion paper* viene ancora considerato come un'eccezione a disposizione dell'impresa dominante, la quale

---

<sup>169</sup> V. *ivi*, pp. 66-67, pt. 9.2.2.5.

<sup>170</sup> Cfr.: decisione della Commissione *Rifiuto di accesso alle installazioni del porto di Rodby*, cit., p. 52 ss.; v. altresì: Decisione della Commissione *Sea Containers / Stena Sealink*, cit. Per un commento alle decisioni citate, v.: M. SIRAGUSA-M. BERETTA, *La dottrina delle essential facilities del diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, in *Contratto e impresa / Europa*, 1999, 1, pp. 260 ss.

<sup>171</sup> Si veda in particolare, il caso *IMS Health*, cit., *supra*, Cap. II, par. 11.

<sup>172</sup> Si veda in particolare, il caso *Commercial Solvents*, cit., *supra*, Cap. II, par. 2.

pertanto avrà l'onere di dimostrarlo in concreto per escludere la propria responsabilità.

Più in generale, l'esame della casistica consente di affermare che la Commissione ritiene che le regole debbano essere interpretate anche in considerazione del beneficio del consumatore. In proposito, sia in alcune decisioni commentate<sup>173</sup>, sia attraverso le dichiarazioni ufficiali dei Commissari<sup>174</sup>, la Commissione afferma che l'introduzione della concorrenza arreca benefici ai consumatori. Tali benefici si avvertono anche in quei casi in cui l'introduzione della concorrenza in un servizio a rete non consente di diminuire i prezzi (ad esempio perché l'infrastruttura è satura), poiché comunque la competizione tra più operatori può migliorare la qualità del servizio. Il processo di liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale, riconosce la Commissione, non ha sempre portato una diminuzione dei prezzi praticati al consumatore; i vantaggi degli utenti, anche in termini di costo dei servizi, sono comunque maggiori in quei mercati (come il trasporto aereo o le telecomunicazioni) in cui si ha la presenza di un maggior numero di prestatori in competizione tra loro<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup> V. decisione della Commissione *Rifiuto di accesso alle installazioni del porto di Rodby*, cit., *supra*, Cap. II, par. 6.

<sup>174</sup> V. IP-04-573 del 30 aprile 2004, dichiarazione del Commissario Mario Monti relativa al caso *Ruhrgas*.

<sup>175</sup> In proposito, v. SPEECH-07-63 del 5 febbraio 2007, discorso del Commissario Neelie Kroes *A new European Energy Policy; reaping the benefits of open and competitive markets*.

PARTE II

ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE E ACCESSO ALLE RETI  
NEL SETTORE DELL'ENERGIA ELETTRICA  
E DEL GAS NATURALE



## CAPITOLO I

### **La politica comunitaria in materia di energia. Disciplina dell'accesso alle reti infrastrutturali.**

#### **1. Premessa.**

La politica comunitaria nel settore dell'energia è relativamente recente, in quanto, a parte alcuni interventi normativi settoriali, solo dalla seconda metà degli anni '90 sono state introdotte norme organiche tendenti alla liberalizzazione dell'energia elettrica e del gas naturale ed all'integrazione del mercato interno in tali settori.

L'analisi della normativa (comunitaria e nazionale) in materia consente di individuare alcuni principi fondamentali ed alcuni strumenti di base, peraltro comuni ad altri settori in cui si sono registrati simili interventi.

Quanto ai principi, è possibile distinguerne due diversi gruppi. Un primo gruppo, collocato nella politica comunitaria nel settore dell'energia, trova la propria enunciazione nell'art. III-256 della Costituzione europea:

- a) garantire il funzionamento del mercato dell'energia;
- b) garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico dell'Unione e

c) promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili<sup>176</sup>.

Tali principi, cristallizzati nel testo del Trattato costituzionale non entrato in vigore, in realtà si possono desumere anche dal vigente Trattato CE: 1) gli artt. 3 lett. c) e 4 co. 1, insieme con le successive norme sulle libertà fondamentali, si riferiscono all'instaurazione del mercato interno, di cui è parte integrante il mercato dell'energia; 2) l'art. 30, nel prevedere deroghe alla libertà di circolazione delle merci, contempla espressamente la pubblica sicurezza<sup>177</sup> ed implicitamente la tutela dell'ambiente<sup>178</sup>; 3) l'obiettivo della tutela ambientale, stabilito dall'art. 2, può essere conseguito mediante gli strumenti normativi previsti dall'art. 175. Si può, quindi, ritenere che il Trattato

---

<sup>176</sup> V. Art. III-256, co. 1, *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, in G.U. C 310 del 16.12.2004, pp. 1 ss.

<sup>177</sup> In tema di deroghe alla libera circolazione delle merci, la giurisprudenza della Corte ha già affermato che l'esigenza di approvvigionamento di prodotti petroliferi, essenziali per la vita degli Stati membri, può consentire deroghe ai sensi dell'art. 30 CE. In tal senso, v.: Corte di giustizia CE, sentenza 10.07.1984, *Campus Oil*, in causa C-72/83, Racc., 1984, pp. 2727 ss., pt. 51:

Lo Stato membro il quale, per l'approvvigionamento di prodotti petroliferi, dipenda interamente o quasi interamente dalle importazioni può richiamarsi a motivi di pubblica sicurezza ai sensi dell'art. 36 [ora art. 30] del Trattato per imporre agli importatori l'obbligo di procurarsi una determinata percentuale del loro fabbisogno acquistandola da una raffineria situata nel suo territorio a prezzi fissati dal Ministro competente in base alle spese relative all'esercizio di detta raffineria, qualora la produzione di questa non possa essere smerciata liberamente, a prezzi competitivi, sul mercato di cui trattasi. I quantitativi di prodotti petroliferi interessati da siffatto sistema non possono superare né i limiti dell'approvvigionamento minimo senza il quale la pubblica sicurezza dello Stato interessato sarebbe compromessa né il livello di produzione necessario per garantire la disponibilità della capacità della capacità della raffineria nell'eventualità di una crisi e per consentire permanentemente la trasformazione del petrolio per la cui fornitura lo Stato interessato ha stipulato contratti a lunga scadenza.

<sup>178</sup> V. Corte di giustizia CE, sentenza 13.03.2001, *PreussenElektra*, in causa C-379/98, Racc., 2001, pp. I-2099 ss.; per un commento, v.: S. EMMERECHEITS-A. GOOSSENS, *Case C-379/98, PreussenElektra AG v. Schleswig AG, Judgment of the Full Court of 13 March 2001*, in *Common Market Law Review*, 2001, pp. 991-1010; v. altresì: L. RUBINI, *Brevi note a margine del caso Preussenelektra, ovvero come "prendere seriamente" le norme sugli aiuti di Stato e la tutela dell'ambiente nel Diritto Comunitario*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 2001, 3, pp. 473 ss.

costituzionale abbia ampliato l'enunciazione di principi già contenuti in altre norme e già affermati dalla giurisprudenza comunitaria.

Un secondo gruppo di principi, anch'esso di ampia portata, è costituito dalle norme relative ai servizi di interesse economico generale, tra cui vanno annoverati anche i servizi energetici. In proposito, basti ricordare che, ai sensi dell'art. 16 CE,

La Comunità e gli Stati membri secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del [...] trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti<sup>179</sup>.

Tale disposizione, peraltro, va letta insieme con l'art. 86 CE, per cui le imprese incaricate della gestione di siffatti servizi sono sottoposte alle regole di

---

<sup>179</sup> V. altresì l'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata solennemente da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione il 7 dicembre 2000 a Nizza, pubblicata in G.U.C.E. C 364 del 18 dicembre 2000 p. 1 ss., che recita:

Accesso ai servizi di interesse economico generale.

Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi di interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea.

Per un confronto tra nozione di cittadinanza e diritto di accesso ai servizi di interesse economico generale, v.: G. AMATO, *Citizenship and Public Services – some general reflections*, in M. FREEDLAND-S. SCIARRA (editors), *Public Services and citizenship in European Law – Public and Labour Perspectives*, Oxford, 1998, pp. 145 ss.; M. MARESCA, *L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli Users' Rights*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2005, 3, pp. 441; A. PETRETTO, *The Liberalization and privatization of Public Utilities and the protection of Users' Rights*, in M. FREEDLAND-S. SCIARRA (editors), *Public Services and citizenship in European Law – Public and Labour Perspectives*, Oxford, 1998, pp. 99 ss.; E. PICARD, *Citizenship, Fundamental Rights, and Public Services*, in M. FREEDLAND-S. SCIARRA (editors), *Public Services and citizenship in European Law – Public and Labour Perspectives*, Oxford, 1998, pp. 83 ss.; O. PORCHIA, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2002, 4, pp. 633 ss.; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1998, 2-3, pp. 527 ss.

Per un esame dei diritti connessi alla cittadinanza europea, *ex multis*, v. M. CONDINANZI-A. LANG-B. NASCIBENE, *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario*, Milano, II ed. 2006, pp. XVII-322.

concorrenza «nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata». Secondo la Commissione europea, esiste una vera e propria 'responsabilità comune', degli Stati membri e della Comunità, quanto alla garanzia ai cittadini di servizi di interesse generale di alta qualità e a prezzi accessibili<sup>180</sup>.

Quanto agli strumenti, la normativa comunitaria nel settore dell'energia ne annovera essenzialmente tre: a) gli obblighi di separazione (c.d. *unbundling*) a carico delle imprese energetiche, caratterizzate da una forte integrazione verticale; b) gli obblighi di accesso ai terzi (c.d. *third party access*) posti a carico delle imprese titolari delle infrastrutture; c) l'istituzione, a livello nazionale, di autorità di regolazione indipendenti dagli interessi industriali, titolari di alcune competenze fondamentali individuate a livello comunitario.

Attraverso i primi strumenti si tende a separare in modo più o meno intenso (dalla separazione contabile a quella proprietaria) le attività di quelle imprese, spesso ex monopolisti di proprietà pubblica, che sono presenti nelle varie fasi della filiera energetica (es.: estrazione e coltivazione del gas naturale,

---

<sup>180</sup> V.: Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, COM(2004) 374 del 12.05.2004, *Libro bianco sui servizi di interesse generale*; in particolare, il pt. 2.3. recita:

Nel suo Libro verde, la Commissione ha già affermato che il trattato fornisce alla Comunità una serie di mezzi per garantire che gli utenti possano beneficiare nell'UE di servizi di interesse generale di alta qualità e a prezzi accessibili. Ciononostante, spetta soprattutto alle autorità nazionali, regionali e locali competenti definire, organizzare, finanziare e controllare i servizi di interesse generale. Questa nozione di responsabilità comune è alla base del disposto dell'articolo 16 del trattato CE, il quale affida alla Comunità e agli Stati membri l'incarico di garantire, nell'ambito delle rispettive competenze, che le proprie politiche consentano agli operatori di servizi di interesse economico generale di assolvere i loro compiti. Il diritto degli Stati membri di assegnare specifici obblighi di servizio pubblico agli operatori economici e di garantire il rispetto di tali obblighi è riconosciuto anche implicitamente dall'articolo 86, paragrafo 2, del trattato CE.

Per un commento del Libro Bianco, v.: L. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla Comunicazione della Commissione Europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2001, 3-4, pp. 479 ss. Sul tema dei servizi di interesse economico generale e degli obblighi degli Stati membri, v.: F. MUNARI, *La disciplina dei c.d. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati Membri e interesse generale*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2002, 1, pp. 39 ss.

stoccaggio, trasporto, distribuzione, vendita). Tali misure hanno lo scopo preminente di consentire una gestione più trasparente delle attività energetiche, evitando discriminazioni, sovvenzioni incrociate e distorsioni della concorrenza.

Gli obblighi di accesso ai terzi permettono di “aprire” l’uso delle infrastrutture energetiche a nuovi soggetti, che possono entrare nei vari mercati in concorrenza con l’operatore *incumbent*, ossia con l’ex monopolista che, almeno nella prima fase della liberalizzazione, detiene il controllo di tutte le infrastrutture (centrali elettriche, elettrodotti, gasdotti, terminali di rigassificazione, etc.). In tal modo, i *new-comers* possono accedere al mercato senza duplicare le infrastrutture necessarie, evitando investimenti ingenti oltre che ostacolo normativi ed amministrativi. Come si vedrà, per bilanciare gli interessi contrapposti, il diritto di accesso conosce deroghe precise, volte a non disincentivare gli investimenti infrastrutturali e a tutelare la sicurezza degli approvvigionamenti.

Nell’istituire un’Autorità per l’energia elettrica e il gas, l’Italia ha anticipato le norme comunitarie di settore, attribuendo ad un ente indipendente dai forti interessi governativi in materia il compito essenziale di tutela degli utenti del sistema <sup>181</sup>.

In questa parte saranno esaminate principalmente le misure salienti, comunitarie e nazionali, in materia di accesso alle infrastrutture energetiche<sup>182</sup>,

---

<sup>181</sup> Si noti, in proposito, che lo Stato rimane il primo azionista dell’ENEL e dell’ENI, con evidenti profili di conflitto di interesse qualora fossero affidati ai Ministeri o al Governo compiti di regolazione settoriale. Sull’argomento, con particolare riferimento a ruolo e competenze dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas, v.: C. MALINCONICO, *Il nuovo assetto della regolazione: il riparto delle competenze ed i rapporti tra la Commissione UE, l’Autorità per l’energia e il Governo*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano, 25 novembre 2004, inedito.

<sup>182</sup> Per un esame completo della normativa comunitaria nel settore energetico, v.: P. CAMERON (editor), *Legal Aspects of EU Energy Regulation: Implementing the New Directives on Electricity and Gas Across Europe*, Oxford, 2005, pp. LII-578; v. altresì: M. ROGGENKAMP-A. RONNE-C. REDGWELL-I. DEL GUAYO, (editors), *Energy Law in Europe*, Oxford, 2001, pp. CXVII-1097 ss.; M. ALBERS-E. CABAU-L. HANCHER-C. JONES-V. LANDES-M. VAN DER WOUDE, (editors), *EU Energy Law Volume II – EU Competition Law and Energy Markets*, Leuven, 2005, pp. 3167 ss.; F.N. BOTHCWAY, *Contemporary energy regime in Europe*, in *European*

per chiarire quale relazione esista tra le norme antitrust e tali strumenti di regolazione settoriale.

## **2. La normativa comunitaria in materia di accesso alle reti infrastrutturali: il settore dell'energia elettrica.**

Il primo intervento normativo organico della Comunità in materia di liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica risale alla direttiva 96/92/CE del 19 dicembre 1996. Essa aveva l'obiettivo di spezzare i monopoli ancora esistenti in numerosi mercati nazionali, e a tal fine prevedeva, pur se in modo lieve, l'applicazione di due istituti sufficientemente dettagliati: l'*unbundling* e il *third party access*.

In particolare, la direttiva del 1996 stabiliva un (mero) obbligo di separazione contabile delle attività svolte dagli operatori integrati<sup>183</sup>. Quanto

---

*Law Review*, 2001 (26), pp. 3 ss.; P. CAMERON, *Competition in Energy Markets: Law and Regulation in the European Union*, Oxford, 2002, pp. LVIII-478.

<sup>183</sup> V. Direttiva 96/92/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 dicembre 1996 concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, in G.U.C.E. n. L 027 del 30/01/1997 pp. 20 ss.; l'art. 14, in particolare, stabiliva quanto segue:

1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché la contabilità delle imprese elettriche sia tenuta a norma dei paragrafi da 2 a 5.
2. Le imprese elettriche, quale che sia il loro regime di proprietà o la loro forma giuridica, redigono, sottopongono a revisione e pubblicano i conti annuali, secondo le norme della legislazione nazionale sui conti annuali delle società di capitali adottate ai sensi della quarta direttiva 78/660/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1978, basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del trattato e relativa ai conti annuali di taluni tipi di società (8). Le imprese che non sono per legge tenute a pubblicare i conti annuali ne tengono una copia a disposizione del pubblico nella loro sede sociale.
3. Le imprese elettriche integrate tengono, nella loro contabilità interna, conti separati per le loro attività di generazione, trasmissione e distribuzione e, se del caso, conti consolidati per altre attività non elettriche, come sarebbero tenute a fare se tali attività fossero svolte da imprese separate, al fine di evitare discriminazioni, sovvenzioni incrociate e distorsioni della concorrenza. Esse accludono in allegato ai loro conti annuali uno stato patrimoniale e un conto economico distinto per ogni attività.
4. Le imprese specificano nell'allegato ai conti annuali le norme di ripartizione dell'attivo e del passivo e dei costi e dei ricavi applicate nella redazione dei conti separati, di cui al paragrafo 3. Tali norme possono essere modificate soltanto in casi eccezionali. Tali modifiche devono essere citate nell'allegato e debitamente motivate.

all'accesso dei terzi, la direttiva lasciava agli Stati la facoltà di scelta tra due sistemi alternativi: l'accesso negoziato e l'accesso regolato<sup>184</sup>. Per incentivare

---

5. Nell'allegato le imprese indicano ogni operazione di una certa dimensione effettuata con imprese collegate, ai sensi dell'articolo 41 della settima direttiva 83/349/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1983, basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del trattato e relativa ai conti consolidati (9), o con le imprese associate, ai sensi dell'articolo 33, paragrafo 1 di tale direttiva, oppure con le imprese appartenenti agli stessi azionisti.

<sup>184</sup> V.: Dir. 96/92/CE, cit., artt. 16-18. In particolare l'art. 17, relativo all'accesso negoziato, stabiliva quanto segue:

1. In caso di accesso alla rete negoziato, gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché i produttori e, qualora gli Stati membri ne autorizzino l'esistenza, le imprese fornitrici di energia elettrica nonché i clienti idonei, sia all'interno che all'esterno del territorio coperto dalla rete, possano negoziare l'accesso alla rete al fine di concludere tra loro contratti di fornitura sulla base di accordi commerciali volontari.
2. Qualora un cliente idoneo sia collegato alla rete di distribuzione, l'accesso ad essa deve essere negoziato con il relativo gestore e, se necessario, con il relativo gestore della rete di trasmissione.
3. Per promuovere la trasparenza e facilitare le trattative per l'accesso alla rete, i gestori di queste devono pubblicare nel primo anno successivo all'attuazione della presente direttiva una gamma indicativa dei prezzi per l'utilizzazione della rete di trasmissione e di distribuzione. Per quanto possibile, durante gli anni seguenti, i prezzi indicativi pubblicati dovrebbero basarsi sui prezzi medi convenuti nelle trattative durante i dodici mesi precedenti.
4. Gli Stati membri possono inoltre optare per una procedura regolamentata di accesso alla rete regolamentato, che conferisce ai clienti idonei un diritto di accesso, sulla base di tariffe pubblicate per l'utilizzazione dei sistemi di trasmissione e di distribuzione, perlomeno equivalente, in termini di accesso alla rete, alle altre procedure di accesso di cui al presente capitolo.
5. Il gestore della rete di trasmissione o di distribuzione in questione può negare l'accesso qualora non disponga della capacità necessaria. Il diniego deve essere debitamente motivato in particolare alla luce dell'articolo 3.

L'art. 18, relativo all'accesso mediante acquirente unico, stabiliva quanto segue:

1. Nel caso della procedura dell'acquirente unico, gli Stati membri designano una persona giuridica come acquirente unico all'interno del territorio coperto dal gestore della rete. Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché:
  - i) sia pubblicata una tariffa non discriminatoria per l'utilizzazione delle reti di trasmissione e di distribuzione;
  - ii) i clienti idonei siano liberi di concludere contratti di fornitura con produttori per coprire le loro esigenze e, qualora gli Stati membri ne autorizzino l'esistenza, con imprese di fornitura al di fuori del territorio coperto dalla rete;
  - iii) i clienti idonei siano liberi di concludere contratti di fornitura per coprire le loro esigenze con produttori all'interno del territorio coperto dalla rete;
  - iv) i produttori indipendenti trattano l'accesso alla rete con i gestori delle reti di trasmissione e di distribuzione al fine di concludere contratti di fornitura con clienti idonei al di fuori della rete, in base ad accordi commerciali volontari.
2. L'acquirente unico può essere obbligato ad acquistare l'energia elettrica oggetto di un contratto tra un cliente idoneo ed un produttore all'interno o all'esterno del territorio coperto dalla rete, ad un prezzo pari al prezzo di vendita offerto dall'acquirente unico ai clienti idonei dedotto il prezzo della tariffa pubblicata di cui al paragrafo 1, punto i).

l'ingresso di concorrenti nel mercato, essa stabiliva il diritto di scegliere liberamente il fornitore di elettricità, anche se tale diritto veniva, di fatto, attribuito soltanto agli utenti che raggiungessero determinati livelli di consumo<sup>185</sup>. Parallelamente, pur se con lieve ritardo, disposizioni simili venivano introdotte nel settore del gas naturale<sup>186</sup>; si rinvia al paragrafo successivo per l'esame delle norme comunitarie relative a tale mercato.

Nel 2003 la Comunità adottava un pacchetto di nuove norme per il settore (c.d. "pacchetto accelerazione"), che comprendeva due direttive, destinate l'una al mercato elettrico e l'altra a quello del gas naturale. La prima<sup>187</sup> abrogava la direttiva del 1996, stabilendo la completa liberalizzazione della domanda di energia, attraverso un preciso cronoprogramma di trasposizione, che obbligava gli Stati ad aprire il mercato elettrico dapprima ai clienti già favoriti dalla precedente direttiva, poi a tutti i clienti "non civili" e, quindi, dal 1° luglio 2007, a tutti gli utenti<sup>188</sup>.

---

3. Se non è imposto all'acquirente unico l'obbligo d'acquisto di cui al paragrafo 2, gli Stati membri prendono le misure necessarie per far sì che i contratti di fornitura di cui al paragrafo 1, punti ii) e iii) siano eseguiti mediante l'accesso alla rete in base alla tariffa pubblicata di cui al paragrafo 1, punto i), oppure mediante un accesso negoziato alla rete alle condizioni di cui all'articolo 17. In quest'ultimo caso, l'acquirente unico non sarebbe obbligato a pubblicare una tariffa non discriminatoria per l'uso della rete di trasmissione e di distribuzione.

4. L'acquirente unico può negare ai clienti l'accesso alla rete e rifiutare di acquistare da loro energia elettrica se non dispone della capacità di trasmissione o di distribuzione necessaria. Il diniego deve essere debitamente motivato, in particolare alla luce dell'articolo 3.

<sup>185</sup> V.: Dir. 96/92/CE, cit., art. 19. In particolare, il comma 1 di detto articolo stabiliva quanto segue:

Gli Stati membri prendono le misure necessarie per assicurare un'apertura dei loro mercati dell'energia elettrica, che consenta di concludere contratti alle condizioni di cui agli articoli 17 e 18 almeno fino ad un livello significativo, da notificare annualmente alla Commissione.

La quota del mercato nazionale è calcolata sulla base della quota comunitaria di energia elettrica consumata dai clienti finali il cui consumo sia superiore a 40 GWh l'anno (su una base di consumo per località, compresa l'autoproduzione).

<sup>186</sup> V.: Direttiva 98/30/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998 relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale, in G.U.C.E. n. L 204 del 21.07.1998, pp. 1 ss.

<sup>187</sup> V.: Direttiva 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 96/92/CE, in G.U.C.E. n. L 176 del 15/07/2003 pp. 37 ss.

<sup>188</sup> V. Dir. 2003/54/CE, cit., art. 21; il primo comma, in particolare, stabilisce quanto segue:

Mentre la direttiva del 1996 si limitava a stabilire la separazione gestionale per l'attività di trasmissione e contabile per la distribuzione, gli obblighi di separazione sono ben più intensi con la direttiva del 2003. Essa, infatti, preve un *unbundling* legale, organizzativo e decisionale, tanto per l'attività di trasmissione quanto per quella di distribuzione. In proposito, l'art. 10 recita:

Il gestore del sistema di trasmissione, qualora faccia parte di un'impresa verticalmente integrata, è indipendente, quantomeno sotto il profilo della forma giuridica, dell'organizzazione e del potere decisionale, dalle altre attività non connesse alla trasmissione. Tali norme non comportano l'obbligo di separare la proprietà dei mezzi del sistema di trasmissione dall'impresa verticalmente integrata.

Per garantire l'indipendenza del gestore del sistema di trasmissione [...] si applicano i seguenti criteri minimi:

- a) le persone responsabili della gestione del sistema di trasmissione non possono far parte delle strutture societarie dell'impresa elettrica responsabili, direttamente o indirettamente, della gestione quotidiana delle attività di generazione, distribuzione e fornitura di energia elettrica;
- b) devono essere adottate misure idonee ad assicurare che gli interessi professionali delle persone responsabili della gestione del sistema di trasmissione siano presi in considerazione in modo da consentire loro di agire in maniera indipendente;
- c) il gestore del sistema di trasmissione dispone di effettivi poteri decisionali, indipendenti dall'impresa elettrica integrata [...];

---

Gli Stati membri provvedono affinché i clienti idonei siano:

- a) fino al 1° luglio 2004, i clienti idonei di cui all'articolo 19, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 96/92/CE. Entro il 31 gennaio di ogni anno, gli Stati membri pubblicano i criteri per la definizione di tali clienti idonei;
- b) a partire dal 1° luglio 2004, al più tardi, tutti i clienti non civili;
- c) dal 1° luglio 2007, tutti i clienti.

- d) il gestore del sistema di trasmissione predispone un programma di adempimenti, contenente le misure adottate per escludere comportamenti discriminatori [...]<sup>189</sup>.

Accanto al descritto potenziamento degli obblighi di separazione, la direttiva del 2003 contiene disposizioni molto più precise anche in tema di *third party access*, riducendo la discrezionalità degli Stati membri in fase di trasposizione. In proposito, essa stabilisce che gli Stati debbono garantire un sistema di accesso dei terzi ai sistemi di trasmissione e di distribuzione sulla base di tariffe non discriminatorie, applicabili a tutti i clienti idonei, preventivamente pubblicate ed approvate da un'autorità di regolazione indipendente<sup>190</sup>.

A proposito delle ragioni giustificative di un eventuale diniego di accesso, l'art. 20 comma 2 della direttiva recita:

Il gestore del sistema di trasmissione o di distribuzione può rifiutare l'accesso ove manchi la necessaria capacità. Il rifiuto deve essere debitamente motivato, con particolare riguardo all'articolo 3. Ove opportuno, gli Stati membri provvedono affinché, nel caso venga rifiutato l'accesso, il gestore del sistema di trasmissione o di distribuzione fornisca adeguate informazioni sulle misure necessarie per rafforzare la rete [...]<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> V.: Dir. 2003/54/CE, cit., art. 10.

<sup>190</sup> V.: Dir. 2003/54/CE, cit.; in particolare, l'art. 20 co. 1 stabilisce quanto segue:

Gli Stati membri garantiscono l'attuazione di un sistema di accesso dei terzi ai sistemi di trasmissione e di distribuzione basato su tariffe pubblicate, praticabili a tutti i clienti idonei, ed applicato obiettivamente e senza discriminazioni tra gli utenti del sistema. Gli Stati membri fanno sì che le tariffe, o i relativi metodi di calcolo, siano approvati prima della loro entrata in vigore conformemente all'articolo 23 e che le tariffe e le metodologie, ove solo queste ultime siano state approvate, siano pubblicate prima della loro entrata in vigore.

<sup>191</sup> V.: Dir. 2003/54/CE, cit., art. 20 co. 2.

Come si vede, la direttiva del 2003 ha promosso un sistema regolato di accesso dei terzi sia alle reti di trasmissione, ossia le maggiori infrastrutture di trasporto dell'elettricità ad alta tensione, sia a quelle di distribuzione locale.

In tal modo, il legislatore comunitario ha inteso favorire l'accesso di concorrenti soprattutto al mercato di elettricità all'ingrosso. L'apertura del mercato elettrico, infatti, non avrebbe offerto ai consumatori e agli utenti tutti i benefici se la concorrenza fosse stata introdotta soltanto nella fase della vendita al dettaglio dell'energia.

La norma citata, inoltre, sottolinea il ruolo delle autorità di regolazione, la cui istituzione diviene obbligatoria: le tariffe di accesso alle reti, infatti, dovranno essere approvate da tali autorità prima della loro entrata in vigore, ed adeguatamente pubblicate, proprio per evitare le discriminazioni e i sussidi incrociati mediante i quali gli operatori *incumbents*, verticalmente integrati, possono ostacolare l'ingresso di concorrenti nel mercato.

La disciplina del diniego di accesso al sistema di trasmissione o di distribuzione è precisa nell'individuare la mancanza di capacità disponibile come causa di legittimo rifiuto. Tuttavia, pur rinviando all'art. 3, disposizione sugli obblighi di servizio pubblico nel settore elettrico, l'art. 20 non è altrettanto chiaro nel far comprendere che la mancanza di capacità può essere connessa all'adempimento di obblighi di servizio pubblico<sup>192</sup>.

---

<sup>192</sup> Cfr.: Dir. 2003/54/CE, cit., art. 20 co. 2. La disposizione, tuttavia, rinvia all'art. 3, relativo agli obblighi di servizio pubblico. In particolare, l'art. 3 co. 2 della Dir. 2003/54/CE, cit., stabilisce quanto segue:

Nel pieno rispetto delle pertinenti disposizioni del trattato, in particolare dell'articolo 86, gli Stati membri possono, nell'interesse economico generale, imporre alle imprese che operano nel settore dell'energia elettrica obblighi relativi al servizio pubblico concernenti la sicurezza, compresa la sicurezza dell'approvvigionamento, la regolarità, la qualità e il prezzo delle forniture, nonché la tutela ambientale, compresa l'efficienza energetica e la protezione del clima. Questi obblighi sono chiaramente definiti, trasparenti, non discriminatori e verificabili, e garantiscono alle società dell'Unione europea che operano nel settore dell'energia elettrica parità di accesso ai consumatori nazionali. In materia di sicurezza dell'approvvigionamento, di efficienza energetica/gestione della domanda e per il conseguimento degli obiettivi ambientali di cui al presente paragrafo, gli Stati membri possono attuare una programmazione a lungo termine, tenendo conto della possibilità che terzi chiedano l'accesso al sistema.

In proposito, il comma 8 dell'art. 3 stabilisce che gli Stati membri possono decidere di non applicare le regole sull'accesso dei terzi (di cui all'art. 20) «nella misura in cui la loro applicazione osti all'adempimento, in diritto o in fatto, degli obblighi che incombono alle imprese elettriche nell'interesse economico generale e nella misura in cui lo sviluppo degli scambi non venga talmente compromesso da nuocere agli interessi della Comunità». La stessa disposizione, peraltro precisa che «gli interessi della Comunità comprendono, tra l'altro, la concorrenza nei confronti dei clienti idonei ai sensi della presente direttiva e dell'articolo 86 del trattato».

Nell'ottica di ridurre la discrezionalità, e di evitare che la liberalizzazione venga elusa o ostacolata attraverso disposizioni nazionali asimmetriche, l'art. 3 della direttiva "accelerazione", a differenza dell'omologa norma della direttiva del 1996, definisce in modo assai preciso e dettagliato gli obblighi di servizio pubblico, precisandone i limiti sostanziali e le procedure preordinate alla loro introduzione. In proposito, l'art. 3, dopo aver enunciato al comma 1 le responsabilità degli Stati nell'ambito dell'attuazione della politica energetica, al comma 2 stabilisce quanto segue:

Nel pieno rispetto delle pertinenti disposizioni del trattato, in particolare dell'art. 86, gli Stati membri possono, nell'interesse economico generale, imporre alle imprese che operano nel settore dell'energia elettrica obblighi relativi al servizio pubblico concernenti la sicurezza, compresa la sicurezza dell'approvvigionamento, la regolarità, la qualità e il prezzo delle forniture, nonché la tutela ambientale, compresa l'efficienza energetica e la protezione del clima. Questi obblighi sono chiaramente definiti, trasparenti, non discriminatori e verificabili, e garantiscono alle società dell'Unione europea che operano nel settore dell'energia elettrica parità di accesso ai consumatori nazionali. In materia di sicurezza dell'approvvigionamento, di efficienza energetica/gestione della domanda e per il conseguimento degli obiettivi ambientali di cui al presente paragrafo, gli Stati membri possono attuare una

programmazione a lungo termine, tenendo conto della possibilità che terzi chiedano l'accesso al sistema.

La norma, inoltre, individua tre categorie di obblighi di servizio pubblico, di cui gli Stati debbono assumere la responsabilità.

In primo luogo, la direttiva menziona il servizio universale, essenzialmente a beneficio dei clienti civili, definito come il «diritto alla fornitura di energia elettrica di una qualità specifica e a prezzi ragionevoli, facilmente e chiaramente comparabili e trasparenti». Gli Stati membri, al fine di garantire il servizio universale, hanno facoltà di designare un 'fornitore di ultima istanza', che sia obbligato a somministrare l'elettricità in caso di mancanza o rifiuto di altri fornitori, evitando interruzioni.

In secondo luogo, gli Stati debbono introdurre misure a tutela dei clienti finali, specie dei c.d. 'clienti vulnerabili', per garantire la qualità, economicità e continuità del servizio anche agli utenti situati in zone non facilmente raggiungibili. Con tale disposizione, la Comunità intende proteggere soprattutto gli utenti situati fuori dai centri urbani, ad esempio in zone montane, ed evitare che la liberalizzazione del mercato renda loro impossibile o più difficile reperire un fornitore disposto ad erogare il servizio.

In terzo luogo, la direttiva annovera misure relative agli obiettivi di coesione economica e sociale, di protezione dell'ambiente e di sicurezza degli approvvigionamenti. A tale proposito, infatti, il comma 7 dell'art. 3 stabilisce che «queste misure possono comprendere la concessione di incentivi economici adeguati, facendo eventualmente ricorso a tutti gli strumenti nazionali e comunitari esistenti, per la manutenzione e costruzione della necessaria infrastruttura di rete, compresa la capacità di interconnessione»<sup>193</sup>.

Dal punto di vista procedurale, è stabilito che tutti gli obblighi di servizio pubblico – indipendentemente dal fatto che essi comportino o meno

---

<sup>193</sup> V.: Dir. 2003/54/CE, cit., art. 3 co. 7.

una deroga alle regole di liberalizzazione – debbano essere preventivamente comunicati alla Commissione, la quale conserva in materia i poteri stabiliti dall'art. 86 co. 3 CE<sup>194</sup>.

### **3. Segue: il settore del gas naturale.**

Due anni dopo la direttiva 96/92/CE, il legislatore comunitario interviene con la prima direttiva organica sulla liberalizzazione del mercato del gas naturale.

Anche la direttiva 98/30/CE del 22 giugno 1998, recante «norme comuni per il trasporto, la distribuzione, la fornitura e lo stoccaggio di gas» contempla l'obiettivo di parziale liberalizzazione della domanda, stabilendo che ai clienti con determinati livelli di consumo sia consentito di scegliere liberamente il proprio fornitore. Essa, peraltro, ripropone i medesimi strumenti di liberalizzazione già utilizzati nel settore elettrico: a) la separazione (*unbundling*) contabile tra le attività di gestione infrastrutturale (trasporto, stoccaggio e distribuzione) e quelle di produzione, importazione e vendita<sup>195</sup>;

---

<sup>194</sup> Come noto, l'art. 86 co. 3 recita:

La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni.

<sup>195</sup> V.: Dir. 98/30/CE, cit.; in particolare, l'art. 13 co. 3 stabiliva quanto segue:

Le imprese di gas naturale integrate tengono, nella loro contabilità interna, conti separati per le loro attività di trasporto, distribuzione e stoccaggio di gas naturale e, se del caso, conti consolidati per le attività che non rientrano nel settore del gas, come sarebbero tenute a fare se tali attività fossero svolte da imprese separate, al fine di evitare discriminazioni, sovvenzioni incrociate e distorsioni della concorrenza. Detta contabilità interna comprende uno stato patrimoniale e un conto economico distinto per ogni attività.

b) il diritto di accesso dei terzi (*third party access*) alle infrastrutture di trasporto, di stoccaggio, di distribuzione ed ai terminali di rigassificazione, con facoltà degli Stati membri di optare per un sistema di accesso negoziato o regolato.

Similmente a quanto avvenuto per il settore elettrico, la direttiva del 1998 viene abrogata nel 2003 e sostituita da nuove norme, caratterizzate da tre essenziali elementi innovativi. In primo luogo, viene adottato un preciso cronoprogramma di apertura del mercato dal lato della domanda, del tutto analogo a quello del settore elettrico<sup>196</sup>. In secondo luogo, vengono rafforzati gli obblighi di *unbundling* mediante la separazione non più solo contabile ma anche giuridica, organizzativa e gestionale tra attività di trasporto e di distribuzione ed altre attività del settore<sup>197</sup>; anche lo strumento del *third party*

---

Qualora si applichi l'articolo 16 e l'accesso al sistema sia basato su un costo unico per trasporto e distribuzione, la contabilità per le attività di trasporto e di distribuzione può essere combinata.

<sup>196</sup> V.: Dir. 2003/55/CE, cit.; in particolare, l'art. 23 recita:

Gli Stati membri provvedono affinché i clienti idonei siano:

- a) fino al 1° luglio 2004, i clienti idonei di cui all'articolo 18 della direttiva 98/30/CE. Entro il 31 gennaio di ogni anno, gli Stati membri pubblicano i criteri per la definizione dei suddetti clienti idonei;
- b) a partire dal 1° luglio 2004, al più tardi, tutti i clienti non civili;
- c) a partire dal 1° luglio 2007, tutti i clienti.

<sup>197</sup> V.: Dir. 2003/55/CE, cit.; in particolare, l'art. 9, relativo all'*unbundling* dei gestori del sistema di trasporto recita:

1. Il gestore del sistema di trasporto, qualora faccia parte di un'impresa verticalmente integrata, è indipendente, quantomeno sotto il profilo della forma giuridica, dell'organizzazione e del potere decisionale, dalle altre attività non connesse al trasporto. Tali norme non comportano l'obbligo di separare la proprietà dei mezzi del sistema di trasporto dall'impresa verticalmente integrata.

2. Per garantire l'indipendenza del gestore del sistema di trasporto di cui al paragrafo 1, si applicano i seguenti criteri minimi:

- a) le persone responsabili dell'amministrazione del gestore del sistema di trasporto non possono far parte di strutture societarie dell'impresa di gas naturale integrata responsabili, direttamente o indirettamente, della gestione ordinaria delle attività di produzione, distribuzione o fornitura di gas naturale;
- b) devono essere adottate misure idonee ad assicurare che gli interessi professionali delle persone responsabili dell'amministrazione del gestore del sistema di trasporto siano presi in considerazione in modo da consentire loro di agire in maniera indipendente;
- c) il gestore del sistema di trasporto dispone di effettivi poteri decisionali, indipendenti

---

dall'impresa di gas integrata, in relazione ai mezzi necessari alla gestione, alla manutenzione e allo sviluppo della rete. Ciò non dovrebbe ostare all'esistenza di appropriati meccanismi di coordinamento intesi a garantire la tutela dei diritti di vigilanza economica e amministrativa della società madre per quanto riguarda la redditività degli investimenti disciplinata indirettamente ai sensi dell'articolo 25, paragrafo 2, in una società controllata. In particolare ciò consente alla società madre di approvare il piano finanziario annuale, o qualsiasi strumento equivalente, del gestore della rete di trasporto e di fissare limiti globali ai livelli di indebitamento della sua società controllata. Non è consentito alla società madre di dare istruzioni né per quanto riguarda le operazioni giornaliere, né in relazione a singole decisioni concernenti la costruzione o il miglioramento delle linee di trasporto che non eccedono i termini del piano finanziario approvato o di qualsiasi strumento equivalente;

d) il gestore del sistema di trasporto predispone un programma di adempimenti, contenente le misure adottate per escludere comportamenti discriminatori, e garantisce che ne sia adeguatamente controllata l'osservanza. Il programma indica gli obblighi specifici dei dipendenti per raggiungere questo obiettivo. La persona o l'organo responsabile del controllo del programma di adempimenti presenta ogni anno all'autorità di regolamentazione di cui all'articolo 25, paragrafo 1, un rapporto sulle misure adottate; tale rapporto è pubblicato.

V. altresì l'art. 13, Dir. 2003/55/CE, cit., relativo alla separazione dei gestori della rete di distribuzione, che recita:

1. Il gestore del sistema di distribuzione, qualora faccia parte di un'impresa verticalmente integrata, è indipendente, quantomeno sotto il profilo della forma giuridica, dell'organizzazione e del potere decisionale, da altre attività non connesse alla distribuzione. Tali norme non comportano l'obbligo di separare la proprietà dei mezzi del sistema di distribuzione dall'impresa verticalmente integrata.

2. In aggiunta ai requisiti di cui al paragrafo 1, qualora il gestore della rete di distribuzione sia parte di un'impresa verticalmente integrata, egli è indipendente da altre attività non connesse alla distribuzione per quanto riguarda l'organizzazione e l'adozione di decisioni. Al fine di conseguire tale obiettivo, si applicano i seguenti criteri minimi:

a) le persone responsabili dell'amministrazione del gestore del sistema di distribuzione non possono far parte di strutture societarie dell'impresa del gas naturale integrata responsabili, direttamente o indirettamente, della gestione ordinaria delle attività di produzione, trasporto e fornitura di gas naturale;

b) devono essere adottate misure idonee ad assicurare che gli interessi professionali delle persone responsabili dell'amministrazione del gestore del sistema di distribuzione siano presi in considerazione in modo da consentire loro di agire in maniera indipendente;

c) il gestore del sistema di distribuzione dispone di effettivi poteri decisionali, indipendenti dall'impresa di gas integrata, in relazione alle installazioni necessarie alla gestione, alla manutenzione o allo sviluppo della rete. Ciò non dovrebbe ostare all'esistenza di appropriati meccanismi di coordinamento intesi a garantire la tutela dei diritti di vigilanza economica e amministrativa della società madre per quanto riguarda la redditività degli investimenti disciplinata indirettamente ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 2, in una società controllata. Ciò consente in particolare alla società madre di approvare il piano finanziario annuale, o qualsiasi strumento equivalente, del gestore della rete di trasporto e di introdurre limiti globali a livello di indebitamento della sua società controllata. Non è consentito alla società madre di dare istruzioni né per quanto riguarda le operazioni giornaliere, né in relazione a singole decisioni concernenti la costruzione o la modernizzazione delle linee di trasporto, che non eccedono i termini del piano finanziario approvato o di qualsiasi strumento equivalente;

d) il gestore del sistema di distribuzione predispone un programma di adempimenti,

*access* viene potenziato attraverso l'imposizione agli Stati membri del sistema di accesso regolato<sup>198</sup>, ed il conseguente abbandono dell'accesso negoziato, previsto in precedenza.

---

contenente le misure adottate per escludere comportamenti discriminatori, e garantisce che ne sia adeguatamente controllata l'osservanza. Il programma indica gli obblighi specifici dei dipendenti per raggiungere questo obiettivo. La persona o l'organo responsabile del controllo del programma di adempimenti presenta ogni anno all'autorità di regolamentazione di cui all'articolo 25, paragrafo 1, un rapporto sulle misure adottate; tale rapporto è pubblicato. Gli Stati membri possono decidere di non applicare i paragrafi 1 e 2 alle imprese di gas naturale integrate che riforniscono meno di 100000 clienti allacciati.

<sup>198</sup> V.: Dir. 2003/55/CE, cit.; in particolare, l'art. 18, a proposito dell'organizzazione dell'accesso al sistema, che stabilisce quanto segue recita:

1. Gli Stati membri garantiscono l'attuazione di un sistema di accesso dei terzi ai sistemi di trasporto e di distribuzione nonché agli impianti GNL, basato su tariffe pubblicate, praticabili a tutti i clienti idonei, comprese le imprese di fornitura, ed applicato obiettivamente e senza discriminazioni tra gli utenti del sistema. Gli Stati membri fanno sì che le tariffe o i relativi metodi di calcolo siano approvati prima dell'entrata in vigore dall'autorità di regolamentazione di cui all'articolo 25, paragrafo 1, e che le tariffe e le metodologie, ove solo queste ultime siano approvate, siano pubblicate prima della loro entrata in vigore.
2. I gestori del sistema di trasporto, ove necessario al fine di svolgere le loro funzioni anche in relazione al trasporto transfrontaliero, hanno accesso alla rete di altri gestori del sistema di trasporto.
3. Le disposizioni della presente direttiva non impediscono la stipulazione di contratti a lungo termine in quanto siano conformi alle norme sulla concorrenza della Comunità.

Per l'accesso alle infrastrutture di stoccaggio, v.: art. 19 Dir. 2003/55/CE, cit.

Per l'accesso alle reti di gasdotti *upstream*, v. art. 20 Dir. 2003/55/CE, cit.

Molto interessante, inoltre, la disciplina del rifiuto di accesso di cui all'art. 21 Dir. 2003/55/CE, cit., che recita:

1. Le imprese di gas naturale possono rifiutare l'accesso al sistema qualora non dispongano della capacità necessaria ovvero nel caso in cui l'accesso al sistema impedirebbe loro di adempiere gli obblighi relativi al servizio pubblico cui sono soggette a norma dell'articolo 3, paragrafo 2, o sulla base di gravi difficoltà economiche e finanziarie in relazione ai contratti take-or-pay, tenuto conto dei criteri e delle procedure di cui all'articolo 27 e dell'alternativa scelta dallo Stato membro a norma del paragrafo 1 di detto articolo. Il rifiuto è debitamente motivato.
2. Gli Stati membri possono adottare le misure necessarie per garantire che le imprese di gas naturale che rifiutano l'accesso al sistema per mancanza di capacità o di connessione provvedano ad apportare i miglioramenti del caso, ove economicamente giustificabile o qualora un cliente potenziale sia disposto a sostenerne il costo. [...].

Per le esenzioni relative alle nuove infrastrutture, v. l'art. 22 Dir. 2003/55/CE, cit., che stabilisce:

1. Nuove importanti infrastrutture del sistema del gas, ossia interconnector tra Stati membri, impianti di GNL e impianti di stoccaggio possono essere oggetto, su richiesta, di una deroga alle disposizioni degli articoli 18, 19 e 20, nonché dell'articolo 25, paragrafi 2, 3 e 4 alle seguenti condizioni:

- 
- a) l'investimento deve rafforzare la concorrenza nella fornitura di gas e la sicurezza degli approvvigionamenti;
  - b) il livello del rischio connesso all'investimento è tale che l'investimento non verrebbe effettuato senza la concessione di una deroga;
  - c) l'infrastruttura deve essere di proprietà di una persona fisica o giuridica, separata quanto meno sotto il profilo della forma giuridica dai gestori dei sistemi nei cui sistemi tale infrastruttura sarà creata;
  - d) gli oneri sono riscossi presso gli utenti di tale infrastruttura;
  - e) la deroga non pregiudica la concorrenza o l'efficace funzionamento del mercato interno del gas o l'efficienza funzionamento del sistema regolato a cui l'infrastruttura è collegata.

2. Il paragrafo 1 si applica anche ad un aumento significativo della capacità di infrastrutture esistenti e a modifiche di queste ultime tali da permettere lo sviluppo di nuove fonti di approvvigionamento di gas.

3. a) L'autorità di regolamentazione di cui all'articolo 25 può decidere, caso per caso, in merito alla deroga di cui ai paragrafi 1 e 2. Tuttavia gli Stati membri possono prevedere che le autorità di regolamentazione presentino all'organo competente dello Stato membro, affinché adotti una decisione formale, il loro parere sulla richiesta di deroga. Questo parere è pubblicato assieme alla decisione.

b) i) La deroga può riguardare in tutto o in parte, rispettivamente, la nuova infrastruttura, l'infrastruttura esistente oggetto di un significativo aumento di capacità o la modifica dell'infrastruttura esistente.

ii) Nel decidere sulla concessione di una deroga, si tiene conto, a seconda dei casi, dell'esigenza di imporre condizioni riguardanti la durata della deroga e l'accesso non discriminatorio a un interconnector.

iii) Nel decidere le condizioni della presente lettera si tiene conto, in particolare, della durata dei contratti, della capacità supplementare da creare o della modifica della capacità esistente, dei tempi previsti per il progetto e delle circostanze nazionali.

c) Nel concedere una deroga l'autorità competente può prendere una decisione in merito alle norme e ai meccanismi per la gestione e l'assegnazione di capacità purché ciò non impedisca l'attuazione di contratti a lungo termine.

d) La decisione di deroga, ivi incluse le condizioni di cui alla lettera b), è debitamente motivata e pubblicata.

e) Nel caso di un interconnector, un'eventuale decisione di deroga è adottata previa consultazione degli altri Stati membri o delle autorità di regolamentazione in questione.

4. La decisione di deroga è notificata senza indugio dall'autorità competente alla Commissione, unitamente a tutte le informazioni pertinenti alla decisione. Tali informazioni possono essere sottoposte alla Commissione in forma aggregata, per permettere alla Commissione di decidere in maniera fondata.

Le informazioni comprendono in particolare:

a) le ragioni particolareggiate in base alle quali l'autorità di regolamentazione o lo Stato membro concedono la deroga, incluse le informazioni di ordine finanziario che giustificano la necessità della deroga;

b) l'analisi svolta sull'impatto sulla concorrenza e sul funzionamento efficace del mercato interno del gas in seguito alla concessione della deroga;

c) le ragioni relative al periodo di tempo e alla quota della capacità totale dell'infrastruttura del gas in questione oggetto della concessione della deroga;

d) nel caso in cui la deroga si riferisca a un interconnector, il risultato della consultazione con gli Stati membri interessati o con le autorità di regolamentazione;

e) il contributo dell'infrastruttura alla diversificazione delle fonti di approvvigionamento di gas.

Infine, viene imposto agli Stati di istituire autorità di regolamentazione «pienamente indipendenti dagli interessi dell'industria del gas»<sup>199</sup> e dotate di alcune competenze minime<sup>200</sup>.

---

<sup>199</sup> Così l'art. 25 co. 1 Dir. 2003/55/CE, cit.

<sup>200</sup> V.: Dir. 2003/55/CE, cit., art. 25, che stabilisce quanto segue:

1. Gli Stati membri designano uno o più organismi competenti con la funzione di autorità di regolamentazione. Tali autorità sono pienamente indipendenti dagli interessi dell'industria del gas. Esse hanno quantomeno il compito, mediante l'applicazione del presente articolo, di assicurare la non discriminazione, l'effettiva concorrenza e l'efficace funzionamento del mercato, attraverso il monitoraggio, in particolare:

- a) delle regole di gestione e assegnazione della capacità di interconnessione, di concerto con l'autorità o le autorità di regolamentazione degli Stati membri con i quali esiste interconnessione;
- b) di ogni metodo per risolvere i problemi di congestione nell'ambito dei sistemi del gas nazionali;
- c) del tempo impiegato dai gestori dei sistemi di trasporto e distribuzione per effettuare le connessioni e le riparazioni;
- d) della pubblicazione, da parte dei gestori dei sistemi di trasporto e distribuzione, di informazioni adeguate sugli interconnector, sull'utilizzo della rete e sull'assegnazione delle capacità alle parti interessate, tenendo conto della necessità di trattare i dati non aggregati come informazioni commerciali riservate;
- e) dell'effettiva separazione contabile di cui all'articolo 17, al fine di evitare trasferimenti incrociati di risorse tra attività di trasporto, distribuzione, stoccaggio, GNL e fornitura;
- f) delle condizioni di accesso allo stoccaggio, al linepack e ad altri servizi ausiliari, conformemente all'articolo 19;
- g) la misura in cui i gestori dei sistemi di trasporto e distribuzione adempiono ai loro compiti conformemente agli articoli 8 e 12;
- h) il livello di trasparenza e concorrenza.

Le autorità istituite a norma del presente articolo pubblicano una relazione annuale sui risultati delle loro attività di controllo di cui alle lettere da a) a h).

2. Le autorità di regolamentazione hanno il compito di fissare o approvare, prima dell'entrata in vigore, quantomeno le metodologie usate per calcolare o stabilire quanto segue:

- a) i termini e le condizioni di connessione e accesso alle reti nazionali, ivi comprese le tariffe di trasporto e distribuzione. Tali tariffe o metodologie consentono che gli investimenti necessari nelle reti siano effettuati in modo da permettere agli stessi di assicurare il funzionamento delle reti;
- b) i termini e le condizioni di fornitura dei servizi di bilanciamento.

3. In deroga al paragrafo 2, gli Stati membri possono prevedere che le autorità di regolamentazione presentino all'organo competente dello Stato membro, affinché adotti una decisione formale, le tariffe o almeno le metodologie di cui al paragrafo 2 nonché le modifiche di cui al paragrafo 4. In tal caso, l'organo competente ha il potere di approvare o respingere un progetto di decisione presentato dall'autorità di regolamentazione.

Le tariffe, le metodologie o le modifiche presentate sono pubblicate insieme alla decisione all'atto dell'adozione formale. È pubblicato inoltre ogni rigetto formale di un progetto di decisione, con la sua motivazione.

4. Se necessario, le autorità di regolamentazione hanno facoltà di imporre ai gestori dei sistemi di trasporto, distribuzione e GNL di modificare le condizioni, ivi comprese le tariffe e le metodologie di cui ai paragrafi 1, 2 e 3, per garantire che siano proporzionate e vengano applicate in modo non discriminatorio.

5. Qualsiasi parte che intenda sporgere reclamo contro il gestore di un sistema di trasporto, GNL o distribuzione, con riferimento agli aspetti menzionati ai paragrafi 1, 2, e 4 e all'articolo

Inoltre – come si è visto per il settore dell'energia elettrica – la riforma del 2003 chiarisce la disciplina degli obblighi di servizio pubblico, precisandone i requisiti sostanziali e procedurali. A differenza della direttiva sul mercato elettrico, l'art. 3 della direttiva 2003/55/CE non prevede l'obbligo di servizio universale nel settore del gas naturale. Ciò, evidentemente, perché la Comunità ha ritenuto che la fornitura dell'elettricità rappresenti un vero e proprio servizio essenziale, diritto fondamentale<sup>201</sup> o – per usare un termine economico – bene di cittadinanza, peraltro in grado di sostituire parzialmente dal lato della domanda il consumo del gas naturale per gli utenti civili.

---

19, può adire l'autorità di regolamentazione che, in qualità di autorità per la risoluzione delle controversie, adotta una decisione entro due mesi dalla ricezione del reclamo. Il termine può essere prorogato di due mesi qualora l'autorità di regolamentazione richieda ulteriori informazioni. Il termine può essere ulteriormente prorogato con il consenso del reclamante. Detta decisione produce effetti vincolanti a meno che e fin quando non sia annullata in seguito ad impugnazione.

6. Qualsiasi parte lesa che abbia il diritto di sporgere reclamo in merito ad una decisione sulle metodologie adottata ai sensi dei paragrafi 2, 3 o 4, o nel caso in cui l'autorità di regolamentazione sia tenuta alla consultazione per quanto riguarda le metodologie proposte, può presentare un reclamo per la revisione della decisione in causa entro due mesi, o entro un periodo più breve se così previsto dagli Stati membri, dalla pubblicazione della decisione o della proposta di decisione. I reclami non hanno effetto sospensivo.

7. Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari affinché le autorità di regolamentazione siano in grado di esercitare le funzioni di cui ai paragrafi da 1 a 5 con efficacia e sollecitudine.

8. Gli Stati membri introducono meccanismi idonei ed efficienti di regolazione, controllo e trasparenza al fine di evitare abusi di posizione dominante, soprattutto a danno dei consumatori, e comportamenti predatori. Tali meccanismi tengono conto delle disposizioni del trattato e in particolare dell'articolo 82.

9. Gli Stati membri provvedono affinché, in caso di inosservanza delle norme sulla riservatezza previste dalla presente direttiva, siano adottate apposite misure idonee nei confronti delle persone fisiche e giuridiche responsabili, ivi compresi procedimenti amministrativi o penali in base al rispettivo diritto nazionale.

10. La risoluzione delle controversie transfrontaliere è demandata all'autorità di regolamentazione competente per il gestore del sistema che nega l'uso o l'accesso al sistema.

11. I reclami di cui ai paragrafi 5 e 6 lasciano impregiudicati i mezzi di impugnazione previsti dal diritto comunitario e nazionale.

12. Le autorità nazionali di regolamentazione contribuiscono allo sviluppo del mercato interno e alle parità di condizioni cooperando tra loro e con la Commissione in modo trasparente.

In dottrina, v.: C. MALINCONICO, *Il nuovo assetto della regolazione...*, cit.; v. altresì: E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006, pp. 99 ss.

<sup>201</sup> V.: art. 16 CE, cit.; v. altresì: art. 36 Carta dir. fond. UE, cit.

Quanto al *third party access*, la direttiva 2003/55/CE presenta una disciplina ben più articolata rispetto a quella, sopra esaminata, relativa alle infrastrutture elettriche.

In primo luogo, l'art. 18 individua le infrastrutture "aperte" ai terzi (sistemi di trasporto e di distribuzione, terminali di rigassificazione), stabilendo che l'accesso debba avvenire in base a tariffe non discriminatorie, applicabili a tutti i clienti idonei, preventivamente pubblicate ed approvate da un'autorità di regolazione indipendente<sup>202</sup>. In tale settore, tuttavia, nel disciplinare il diritto di accesso, il legislatore comunitario considera la necessità di tenere conto dei contratti a lungo termine, peculiari del commercio internazionale del gas naturale, poiché essi assicurano l'approvvigionamento di quantità minime stabilite. Tali contratti, in particolare, sono caratterizzati da una lunga durata e dalla clausola "*take or pay*", in base alla quale l'acquirente si impegna a pagare un importo corrispondente ad una determinata quantità minima di gas, indipendentemente dall'effettivo ritiro. In proposito, nel considerando n. 25 della direttiva si legge quanto segue:

I contratti a lungo termine continueranno a costituire un elemento importante della fornitura di gas degli Stati membri e dovrebbero continuare a costituire un'opzione per le imprese fornitrici di gas, a condizione che siano compatibili con gli obiettivi della presente direttiva e con le norme del trattato, comprese quelle in materia di concorrenza. È quindi necessario tenerne conto nella programmazione della capacità di fornitura e di trasporto delle imprese di gas<sup>203</sup>.

Coerentemente, l'art. 18 comma 3, stabilisce che le regole in materia di diritto di accesso dei terzi «non impediscono la stipulazione di contratti a

---

<sup>202</sup> Cfr.: art. 18 co. 1 Dir. 2003/55/CE, cit.

<sup>203</sup> Così il considerando n. 25 Dir. 2003/55/CE, cit.

lungo termine in quanto siano conformi alle norme sulla concorrenza della Comunità»<sup>204</sup>.

In secondo luogo, le norme relative al mercato del gas naturale sono più articolate anche nella disciplina del rifiuto di accesso. Sull'argomento, l'art. 21 recita:

Le imprese di gas naturale possono rifiutare l'accesso al sistema qualora non dispongano della capacità necessaria ovvero nel caso in cui l'accesso al sistema impedirebbe loro di adempiere agli obblighi relativi al servizio pubblico cui sono soggette a norma dell'articolo 3, paragrafo 2, o sulla base di gravi difficoltà economiche e finanziarie in relazione ai contratti take-or-pay [...]. Il rifiuto è debitamente motivato<sup>205</sup>.

In caso di rifiuto motivato da difficoltà economiche o finanziarie derivanti dall'adempimento di contratti *take or pay*, gli Stati membri, eventualmente attraverso le autorità di regolamentazione di settore<sup>206</sup>, possono decidere di concedere una deroga agli obblighi di *third party access*, purché non siano ragionevolmente disponibili soluzioni alternative. La decisione di deroga

---

<sup>204</sup> Così l'art. 18 co. 3 Dir. 2003/55/CE, cit.

<sup>205</sup> Così l'art. 18 co. 3 Dir. 2003/55/CE, cit.

<sup>206</sup> Cfr.: art. 27 co. 1 Dir. 2003/55/CE, cit., che stabilisce quanto segue:

Se un'impresa di gas naturale incontra o ritiene di incontrare serie difficoltà economiche e finanziarie in seguito agli impegni take-or-pay assunti in uno o più contratti di acquisto di gas, può inviare allo Stato membro interessato, o all'autorità competente designata, una richiesta di deroga temporanea all'articolo 18. In base alla scelta degli Stati membri, le richieste di deroga sono presentate caso per caso prima o dopo il rifiuto di accesso al sistema. Gli Stati membri possono altresì accordare all'impresa di gas naturale la scelta di presentare una richiesta prima o dopo il rifiuto di accesso al sistema. Qualora un'impresa di gas naturale rifiuti l'accesso, la richiesta è presentata senza indugio. Le richieste sono corredate di tutte le pertinenti informazioni in ordine alla natura e alla portata del problema, nonché alle azioni intraprese dall'impresa al fine di risolvere tale problema.

Se non sono ragionevolmente disponibili soluzioni alternative, e tenuto conto delle disposizioni del paragrafo 3, lo Stato membro o l'autorità competente designata può decidere di concedere una deroga.

L'attribuzione della relativa competenza alle autorità di regolamentazione costituisce una facoltà degli Stati membri, poiché tale competenza non rientra tra quelle che debbono essere obbligatoriamente assegnate a dette autorità (cfr.: art. 25, cit.).

deve essere notificata alla Commissione, che ha il potere di chiedere allo Stato di modificarla o revocarla. La direttiva, inoltre, stabilisce alcuni criteri a cui devono attenersi gli Stati membri nella concessione di deroghe, e la Commissione nell'esame di tali decisioni nazionali. Tra questi, si segnalano in particolare: l'obiettivo di realizzare un mercato del gas concorrenziale; la necessità di adempiere gli obblighi relativi al servizio pubblico e di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento; la concorrenzialità del mercato rilevante e la quota di mercato detenuta dall'operatore che ha chiesto o ottenuto la deroga<sup>207</sup>. La decisione di deroga deve essere pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea.

La stessa disposizione, peraltro, attribuisce agli Stati membri la facoltà di prevedere che le imprese che rifiutano l'accesso per mancanza di capacità disponibile apportino i miglioramenti necessari per consentire l'accesso, eventualmente a spese dell'operatore che intenda accedere pagando l'onere del potenziamento infrastrutturale necessario.

Pur trattandosi di una facoltà, e non di un preciso obbligo, che gli Stati potranno esercitare in sede di recepimento, la norma appare significativa, in quanto si ricollega a quella giurisprudenza che ritiene «non obiettivamente

---

<sup>207</sup> In proposito, v.: art. 27 co. 3 Dir. 2003/55/CE, cit., che stabilisce quanto segue:

Nel decidere in merito alle deroghe di cui al paragrafo 1, lo Stato membro, o l'autorità competente designata, e la Commissione tengono conto in particolare dei seguenti criteri:

- a) obiettivo di realizzare un mercato del gas concorrenziale;
- b) necessità di adempiere gli obblighi relativi al servizio pubblico e di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento;
- c) posizione dell'impresa di gas naturale nel mercato del gas ed effettiva situazione della concorrenza in detto mercato;
- d) gravità delle difficoltà economiche e finanziarie incontrate dalle imprese di gas naturale e dalle imprese di trasporto o dai clienti idonei;
- e) data della firma e termini del contratto o dei contratti in questione, compresa la misura in cui essi consentono di tener conto di modifiche del mercato;
- f) azioni intraprese al fine di risolvere il problema;
- g) misura in cui, nell'accettare gli impegni take-or-pay in questione, l'impresa avrebbe ragionevolmente potuto prevedere, tenendo conto delle disposizioni della presente direttiva, il probabile insorgere di gravi difficoltà;
- h) livello di connessione del sistema con altri sistemi e grado di interoperabilità di tali sistemi; e
- i) effetti che la concessione di una deroga avrebbe sulla corretta applicazione della presente direttiva relativamente al corretto funzionamento del mercato interno del gas naturale.

giustificabile» il rifiuto di accesso ad una infrastruttura qualora il concorrente che lo richieda sia disposto a sopportarne i costi<sup>208</sup>. Condizioni più restrittive sono previste per la concessione di deroghe relative a contratti *take or pay* conclusi prima dell'entrata in vigore della direttiva. L'intento, evidentemente, è quello di evitare che la stipulazione di contratti di lungo termine a ridosso dell'entrata in vigore della direttiva possa annullare o ritardare l'instaurazione di un mercato concorrenziale del gas naturale.

In terzo luogo, sono previste ulteriori deroghe al diritto di accesso dei terzi in caso di realizzazione di nuove infrastrutture. In tale ipotesi, infatti, la direttiva valuta con favore quegli investimenti che consentono l'incremento della capacità disponibile relative alle infrastrutture di interconnessione, di rigassificazione e di stoccaggio. Le nuove infrastrutture, in particolare, possono godere dell'esenzione almeno parziale dall'obbligo di consentire l'accesso a terzi per un determinato periodo, con provvedimento dello Stato membro o dell'autorità di regolamentazione, purchè siano rispettate alcune condizioni.

In sostanza, per concedere l'esenzione occorre comunque valutare se la nuova infrastruttura sia in grado aumentare la concorrenzialità del mercato<sup>209</sup>. Anche in tale caso, la decisione dello Stato membro, pure se emanata dall'autorità di regolazione indipendente, deve essere notificata alla Commissione<sup>210</sup>.

---

<sup>208</sup> V.: decisione della Commissione *Rifiuto di accesso alle installazioni del porto di Rodby*, cit., *supra*, Cap. II, par. 6.

<sup>209</sup> V. l'art. 22 Dir. 2003/55/CE, cit., *supra*.

<sup>210</sup> A titolo di esempio, v. nota della Commissione DG Energy and Transport, TREN/C2/MM//D(2005) del 3 maggio 2005, relativa alla notifica da parte del Ministero delle Attività Produttive dell'esenzione del terminale GNL di Brindisi ai sensi dell'art. 22 Dir. 2003/55/CE, cit.

#### 4. La normativa italiana in materia di accesso alle reti infrastrutturali energetiche.

Il recepimento in Italia delle direttive comunitarie sulla liberalizzazione dei mercati dell'energia elettrica e del gas naturale è stato affidato rispettivamente al d.lgs. 79/1999 e al d.lgs. 164/2000. I due decreti legislativi sono stati lievemente modificati nel 2003 e nel 2004, conservando l'impianto originario.

Occorre considerare, tuttavia, che con la legge 481 del del 14 novembre 1995<sup>211</sup>, il legislatore italiano era già intervenuto nel settore, con una normativa ispirata alla privatizzazione dei servizi, che assegnava allo Stato la funzione non più di imprenditore, bensì di regolatore del mercato dei servizi di pubblica utilità. Obiettivi della legge erano la promozione della concorrenza e dell'efficienza, e la garanzia di adeguati livelli di qualità e fruibilità dei servizi stessi<sup>212</sup>.

A tale scopo, la legge del 1995 ha istituito l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas<sup>213</sup>, attribuendo ad essa poteri di regolazione e di vigilanza.

---

<sup>211</sup> V.: Legge 14 novembre 1995 n. 481, *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, in G.U.R.I. n. 270 del 18.11.1995, S.O. n. 136.

<sup>212</sup> V.: art. 1 co. 1 Legge 481/1995, cit.:

Le disposizioni della presente legge hanno la finalità di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, di seguito denominati «servizi», nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e di redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori, tenuto conto della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo. Il sistema tariffario deve altresì armonizzare gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso sufficiente delle risorse.

<sup>213</sup> V. Legge 481/1995 art. 2 co. 1. Si riporta di seguito l'art. 2 co. 12 sulle funzioni delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità:

Ciascuna Autorità nel perseguire le finalità di cui all'articolo 1 svolge le seguenti funzioni:

- a) formula osservazioni e proposte da trasmettere al Governo e al Parlamento sui servizi da assoggettare a regime di concessione o di autorizzazione e sulle relative forme di mercato, nei

---

limiti delle leggi esistenti, proponendo al Governo le modifiche normative e regolamentari necessarie in relazione alle dinamiche tecnologiche, alle condizioni di mercato ed all'evoluzione delle normative comunitarie;

- b) propone ai Ministri competenti gli schemi per il rinnovo nonché per eventuali variazioni dei singoli atti di concessione o di autorizzazione, delle convenzioni e dei contratti di programma;
- c) controlla che le condizioni e le modalità di accesso per i soggetti esercenti i servizi, comunque stabilite, siano attuate nel rispetto dei principi della concorrenza e della trasparenza, anche in riferimento alle singole voci di costo, anche al fine di prevedere l'obbligo di prestare il servizio in condizioni di eguaglianza, in modo che tutte le ragionevoli esigenze degli utenti siano soddisfatte, ivi comprese quelle degli anziani e dei disabili, garantendo altresì il rispetto: dell'ambiente, la sicurezza degli impianti e la salute degli addetti;
- d) propone la modifica delle clausole delle concessioni e delle convenzioni, ivi comprese quelle relative all'esercizio in esclusiva, delle autorizzazioni, dei contratti di programma in essere e delle condizioni di svolgimento dei servizi, ove ciò sia richiesto dall'andamento del mercato o dalle ragionevoli esigenze degli utenti, definendo altresì le condizioni tecnico-economiche di accesso e di interconnessione alle reti, ove previsti dalla normativa vigente;
- e) stabilisce e aggiorna, in relazione all'andamento del mercato, la tariffa base, i parametri e gli altri elementi di riferimento per determinare le tariffe di cui ai commi 17,18 e 19, nonché le modalità per il recupero dei costi eventualmente sostenuti nell'interesse generale in modo da assicurare la qualità, l'efficienza del servizio e l'adeguata diffusione del medesimo sul territorio nazionale, nonché la realizzazione degli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse di cui al comma 1 dell'articolo 1, tenendo separato dalla tariffa qualsiasi tributo od onere improprio; verifica la conformità ai criteri di cui alla presente lettera delle proposte di aggiornamento delle tariffe annualmente presentate e si pronuncia, sentiti eventualmente i soggetti esercenti il servizio, entro novanta giorni dal ricevimento della proposta; qualora la pronuncia non intervenga entro tale termine, le tariffe si intendono verificate positivamente;
- f) emana le direttive per la separazione contabile e amministrativa e verifica i costi delle singole prestazioni per assicurare, tra l'altro, la loro corretta disaggregazione e imputazione per funzione svolta, per area geografica e per categoria di utenza evidenziando separatamente gli oneri conseguenti alla fornitura del servizio universale definito dalla convenzione, provvedendo quindi al confronto tra essi e i costi analoghi in altri Paesi, assicurando la pubblicizzazione dei dati;
- g) controlla lo svolgimento dei servizi con poteri di ispezione, di accesso, di acquisizione della documentazione e delle notizie utili, determinando altresì i casi di indennizzo automatico da parte del soggetto esercente il servizio nei confronti dell'utente ove il medesimo soggetto non rispetti le clausole contrattuali o eroghi il servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti nel regolamento di servizio di cui al comma 37, nel contratto di programma ovvero ai sensi della lettera h);
- h) emana le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori, eventualmente differenziandoli per settore e tipo di prestazione; tali determinazioni producono gli effetti di cui al comma 37;
- i) assicura la più ampia pubblicità delle condizioni dei servizi; studia l'evoluzione del settore e dei singoli servizi, anche per modificare condizioni tecniche, giuridiche ed economiche relative allo svolgimento o all'erogazione dei medesimi; promuove iniziative volte a migliorare le modalità di erogazione dei servizi; presenta annualmente al Parlamento e al Presidente del Consiglio dei ministri una relazione sullo stato dei servizi e sull'attività svolta;
- l) pubblica e diffonde la conoscenza delle condizioni di svolgimento dei servizi al fine di garantire la massima trasparenza, la concorrenzialità dell'offerta e la possibilità di migliori scelte da parte degli utenti intermedi o finali;
- m) valuta reclami, istanze e segnalazioni presentate dagli utenti o dai consumatori, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio nei confronti dei quali interviene imponendo, ove opportuno, modifiche alle modalità di esercizio

In particolare, l'Autorità ha il compito di determinare le tariffe, in modo da assicurare gli obiettivi di qualità, efficienza del servizio e rispetto dell'ambiente, garantendo altresì che le tariffe di accesso ai servizi siano aderenti ai costi, senza essere gravate da tributi o prelievi impropri. La stessa Autorità, peraltro, emana direttive per la separazione degli operatori (inizialmente solo contabile ed amministrativa) e vigila sulle condizioni e modalità di accesso ai servizi.

Si può affermare, quindi, che il legislatore italiano del 1995 abbia anticipato le direttive comunitarie del 2003, istituendo un'autorità di regolazione settoriale indipendente, a cui ha trasferito competenze precedentemente attribuite al Ministero dell'industria. In tal modo, la regolazione del settore energetico è stata affidata ad un soggetto indipendente dagli interessi economici coinvolti.

Con decreto legislativo n. 79 del 16 marzo 1999 è stata recepita la prima direttiva di liberalizzazione del mercato elettrico, la n. 96/92/CE. La legge nazionale di trasposizione si basa su quattro principi fondamentali.

Il primo di essi è contenuto nell'art. 1, che stabilisce la piena liberalizzazione, pur se nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico, delle attività di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica. Restano, invece, sottoposte a concessione le attività di

- 
- degli stessi ovvero procedendo alla revisione del regolamento di servizio di cui al comma 37;
- n) verifica la congruità delle misure adottate dai soggetti esercenti il servizio al fine di assicurare la parità di trattamento tra gli utenti, garantire la continuità della prestazione dei servizi, verificare periodicamente la qualità e l'efficacia delle prestazioni all'uopo acquisendo anche la valutazione degli utenti, garantire ogni informazione circa le modalità di prestazione dei servizi e i relativi livelli qualitativi, consentire a utenti e consumatori il più agevole accesso agli uffici aperti al pubblico, ridurre il numero degli adempimenti richiesti agli utenti semplificando le procedure per l'erogazione del servizio, assicurare la sollecita risposta a reclami, istanze e segnalazioni nel rispetto dei livelli qualitativi e tariffari;
  - o) propone al Ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione per i casi in cui tali provvedimenti siano consentiti dall'ordinamento;
  - p) controlla che ciascun soggetto esercente il servizio adotti, in base alla direttiva sui principi dell'erogazione dei servizi pubblici del Presidente del Consiglio dei ministri del 27 gennaio 1994, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 43 del 22 febbraio 1994, una carta di servizio pubblico con indicazione di standards dei singoli servizi e ne verifica il rispetto.

trasmissione e dispacciamento (a livello nazionale) e di distribuzione (a livello locale)<sup>214</sup>.

Secondo principio fondamentale è costituito dall'affermazione del *third party access* con riferimento alle attività in monopolio, ossia trasmissione, dispacciamento e distribuzione. Tali attività, infatti, debbono essere svolte con obbligo dei concessionari di consentire l'accesso dei terzi alle reti.

In proposito, l'art. 3 del decreto stabilisce:

Il gestore ha l'obbligo di connettere alla rete di trasmissione nazionale tutti i che ne facciano richiesta, senza compromettere la continuità del servizio e purché siano rispettate le regole tecniche di cui al comma 6 del presente articolo e le condizioni tecnico-economiche di accesso e di interconnessione fissate dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas. L'eventuale rifiuto di accesso alla rete deve essere debitamente motivato dal gestore<sup>215</sup>.

Analoga disposizione si rinviene nell'art. 9, relativo all'attività di distribuzione locale. In sostanza, il gestore dell'infrastruttura di rete è tenuto a svolgere la propria attività in modo da assicurare, senza discriminazione, la sicurezza dei approvvigionamenti e la continuità del servizio. L'Autorità vigila sul corretto adempimento di tali obblighi, stabilendo le tariffe di accesso ed impartendo direttive al gestore<sup>216</sup>.

---

<sup>214</sup> V.: D. lgs. 16 marzo 1999, n. 79, *Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*, in G.U.R.I. n. 75 del 31 marzo 1995. L'art. 1 recita:

Le attività di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica sono libere nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico contenuti nelle disposizioni del presente decreto. Le attività di trasmissione e dispacciamento sono riservate allo Stato ed attribuite in concessione al gestore della rete di trasmissione nazionale di cui all'art. 3. L'attività di distribuzione dell'energia elettrica è svolta in regime di concessione rilasciata dal Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato.

<sup>215</sup> V.: art. 3 co. 1 d.lgs. 79/1999 cit.

<sup>216</sup> In proposito, l'art. 3 co. 3 d.lgs. 79/1999 recita:

Terzo tratto fondamentale della riforma italiana del settore dell'energia elettrica è dato dall'*unbundling*. Sul punto, il legislatore italiano si spinge oltre gli obblighi stabiliti dalla direttiva comunitaria, prevedendo una separazione inizialmente societaria, successivamente resa più intensa sino a divenire una vera e propria separazione proprietaria delle attività infrastrutturali da quelle operative. La proprietà delle reti, infatti, per effetto dell'art. 3 del decreto n. 79, è stata trasferita ad altra società costituita dall'ENEL. In seguito, la società TERNA S.P.A., a cui sono state trasferite tutte le infrastrutture di rete nazionali, è divenuta autonoma da ENEL sotto il profilo proprietario, ed ha ricevuto la concessione di gestione delle attività di trasmissione e dispacciamento. Si è così attuata una separazione proprietaria, in luogo della separazione giuridica e gestionale prevista dalla direttiva comunitaria del 2003.

Quarto principio del decreto n. 79/1999 è l'imposizione di una soglia massima alla quota di mercato di ENEL. L'art. 8 ha, infatti, previsto che, a decorrere 1° gennaio 2003, a nessun soggetto sia consentito produrre o importare, direttamente o indirettamente, più del 50 per cento del totale dell'energia elettrica prodotta e importata in Italia.

Anche il decreto legislativo 23 maggio 2000 n. 164<sup>217</sup>, che ha recepito la direttiva comunitaria 98/30/CE sul mercato del gas naturale, si basa essenzialmente sui medesimi assi portanti della riforma del settore elettrico: liberalizzazione integrale dal lato della domanda, a decorrere dal 1° gennaio

---

L'Autorità per l'energia elettrica e il gas fissa le condizioni atte a garantire a tutti gli utenti della rete la libertà di accesso a parità di condizioni, l'imparzialità e la neutralità del servizio di trasmissione e dispacciamento. Nell'esercizio di tale competenza l'Autorità persegue l'obiettivo della più efficiente utilizzazione dell'energia elettrica prodotta o comunque immessa nel sistema elettrico nazionale, compatibilmente con i vincoli tecnici della rete. L'Autorità prevede, inoltre, l'obbligo di utilizzazione prioritaria dell'energia elettrica prodotta a mezzo di fonti energetiche rinnovabili e di quella prodotta mediante cogenerazione.

<sup>217</sup> V.: D. lgs. 23 maggio 2000, n. 164, *Attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'art. 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144*, in G.U.R.I. n. 142 del 20 giugno 2000.

2003; accesso dei terzi regolato dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas<sup>218</sup>; separazione societaria tra attività infrastrutturali ed attività di produzione, importazione e vendita del gas<sup>219</sup>; fissazione di quote massime di mercato<sup>220</sup>.

---

<sup>218</sup> Cfr.: D. lgs. 164/2000, cit.; in particolare, l'art. 23 attribuisce all'Autorità per l'energia elettrica e il gas il potere di determinare la tariffa per l'accesso alle infrastrutture; l'art. 24, invece, contempla i casi di rifiuto di accesso per mancanza di capacità, per obblighi di servizio pubblico o per gravi difficoltà economiche dovute a contratti *take or pay*, e stabilisce quanto segue:

1. Le imprese di gas naturale hanno l'obbligo di permettere l'accesso al sistema a coloro che ne facciano richiesta nel rispetto delle condizioni tecniche di accesso e di interconnessione di cui al presente decreto.
2. In deroga a quanto previsto al comma 1 le imprese di gas naturale possono rifiutare l'accesso al sistema del gas alle altre imprese o ai clienti idonei che ne facciano richiesta solo nel caso in cui esse non dispongano della capacità necessaria, o nel caso in cui l'accesso al sistema impedirebbe loro di svolgere gli obblighi di servizio pubblico cui sono soggette, ovvero nel caso in cui dall'accesso derivino gravi difficoltà economiche e finanziarie ad imprese del gas naturale operanti nel sistema, in relazione a contratti di tipo «take or pay» sottoscritti prima dell'entrata in vigore della direttiva 98/30/CE.
3. Il rifiuto è manifestato con dichiarazione motivata ed è comunicato immediatamente all'Autorità per l'energia elettrica e il gas e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nonché al Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato.
4. In nessun caso può essere rifiutato l'accesso alle imprese relativamente al gas naturale prodotto nel territorio nazionale, nel mare territoriale e nella piattaforma continentale italiana.
5. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas, con delibera da emanare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, fissa i criteri atti a garantire a tutti gli utenti della rete la libertà di accesso a parità di condizioni, la massima imparzialità e la neutralità del trasporto e del dispacciamento e dell'utilizzo dei terminali di GNL in condizioni di normale esercizio e gli obblighi dei soggetti che svolgono le attività di trasporto e dispacciamento del gas e che detengono terminali di GNL. Entro tre mesi dalla pubblicazione della citata delibera i soggetti di cui al comma 1 adottano il proprio codice di rete, che è trasmesso all'Autorità per l'energia elettrica e il gas che ne verifica la conformità ai suddetti criteri. Trascorsi tre mesi dalla trasmissione senza comunicazioni da parte dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, il codice di rete si intende conforme.

<sup>219</sup> Con riferimento all'*unbundling*, l'art. 21 del citato d.lgs. 164/2000 recita:

1. A decorrere dal 1° gennaio 2002 l'attività di trasporto e dispacciamento di gas naturale è oggetto di separazione societaria da tutte le altre attività del settore del gas, ad eccezione dell'attività di stoccaggio, che è comunque oggetto di separazione contabile e gestionale dall'attività di trasporto e dispacciamento e di separazione societaria da tutte le altre attività del settore del gas.
2. Entro lo stesso termine di cui al comma 1 l'attività di distribuzione di gas naturale è oggetto di separazione societaria da tutte le altre attività del settore del gas.
3. Entro lo stesso termine di cui al comma 1 la vendita di gas naturale può essere effettuata unicamente da società che non svolgano alcuna altra attività nel settore del gas naturale, salvo l'importazione, l'esportazione, la coltivazione e l'attività di cliente grossista.
4. A decorrere dal 1° gennaio 2003 e in deroga a quanto previsto dai commi 2 e 3, le imprese di gas naturale che svolgono nel settore del gas unicamente attività di distribuzione e di vendita e che forniscono meno di centomila clienti finali separano societariamente le stesse attività di distribuzione e di vendita.

I successivi interventi del legislatore nazionale del 2003 e del 2004 si sono rivolti essenzialmente al perfezionamento dell'*unbundling*, stabilendo una separazione proprietaria tra attività di gestione delle reti di trasporto ed attività di produzione, importazione, distribuzione e vendita<sup>221</sup>. Sono stati, inoltre,

---

5. In deroga a quanto stabilito nei commi precedenti, è fatta salva la facoltà delle imprese del gas di svolgere attività di vendita di gas naturale, a clienti diversi da quelli finali, ai soli fini del bilanciamento del sistema del gas.

<sup>220</sup> Sulle quote di mercato, v. l'art. 19 del d.lgs. 164/2000, cit., che stabilisce quanto segue:

1. Alle imprese di gas naturale si applicano le norme in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza, di abuso di posizione dominante e di operazioni di concentrazione di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287.
2. A decorrere dal 1° gennaio 2003 e fino al 31 dicembre 2010, nessuna impresa del gas può vendere, direttamente o a mezzo di società controllate, controllanti o controllate da una medesima controllante, ai clienti finali più del 50% dei consumi nazionali di gas naturale su base annuale.
3. A decorrere dal 1° gennaio 2002 e fino al 31 dicembre 2010, nessuna impresa del gas può immettere gas importato o prodotto in Italia, nella rete nazionale, al fine della vendita in Italia, direttamente o a mezzo di società controllate, controllanti o controllate da una medesima controllante, per quantitativi superiori al 75% dei consumi nazionali di gas naturale su base annuale. La suddetta percentuale è ridotta di due punti percentuali per ciascun anno successivo al 2002 fino a raggiungere il 61%.
4. La percentuale di cui al comma 2 è calcolata sottraendo sia dalle quantità vendute, sia dai consumi nazionali al netto delle perdite, le quantità di gas autoconsumato direttamente dall'impresa o a mezzo di società controllate, controllanti, o controllate da una medesima controllante. La percentuale di cui al comma 3 è calcolata sottraendo sia dalle quantità importate e prodotte, sia dai consumi nazionali, le quantità di gas autoconsumato direttamente dall'impresa o a mezzo di società controllate, controllanti, o controllate da una medesima controllante.
5. I limiti di cui ai commi 2 e 3 si intendono superati qualora la media delle percentuali effettivamente conseguite da un'impresa, calcolata ogni anno con riferimento al triennio precedente, risulti superiore alla media delle percentuali consentite per il medesimo triennio.
6. A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto le norme in materia di metanizzazione del Mezzogiorno che riservino incentivi o contributi in qualunque forma a favore della società ENI, o di società da essa controllate o ad essa collegate, sono applicabili a qualunque impresa del gas, avente sede nell'Unione europea, operante nel settore del trasporto o della distribuzione di gas naturale.
7. Nel caso di superamento dei limiti di cui ai commi 2 e 3, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato adotta i provvedimenti di cui all'art. 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

<sup>221</sup> V.: art. 1-ter co. 4 d.l. 29.08.2003 n. 239, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 27.10.2003 n. 290, recante disposizioni urgenti per la sicurezza del sistema elettrico nazionale e per il recupero di potenza di energia elettrica, in G.U.R.I. n. 200 del 29 agosto 2003:

Ciascuna società operante nel settore della produzione, importazione, distribuzione e vendita dell'energia elettrica e del gas naturale, anche attraverso le società controllate, controllanti, o controllate dalla medesima controllante, e comunque ciascuna società a controllo pubblico, non può detenere, direttamente o indirettamente, a decorrere dal 1° luglio 2007, quote superiori al 20 per cento del capitale delle società che sono proprietarie e che gestiscono reti nazionali di trasporto di energia elettrica e di gas naturale.

incentivati ulteriormente gli investimenti infrastrutturali, per incrementare la capacità di interconnessione o comunque le quantità di gas importabili.

Tale incentivazione opera attraverso un sistema di esenzioni basato su provvedimenti del Ministero delle attività produttive, emanati previo parere dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas. Vengono previste, tuttavia, regole diverse per le infrastrutture di interconnessione con stati extra comunitari e per le altre infrastrutture. Nel primo caso, infatti, l'operatore che investe nel potenziamento dell'interconnessione vanta un vero e proprio diritto, non condizionato, a riservarsi almeno l'80% della nuova capacità di importazione per un periodo di almeno 20 anni; la relativa procedura è addirittura caratterizzata dal silenzio-assenso. Per gli altri investimenti, invece, l'attribuzione dell'esenzione (sempre per una quota di almeno l'80% per un periodo di almeno 20 anni) non pare incondizionata, bensì sottoposta alla verifica che la nuova capacità di importazione possa permettere lo sviluppo della concorrenza.

Sul punto, l'art. 1 della legge 239 del 2004 stabilisce quanto segue:

17. I soggetti che investono, direttamente o indirettamente, nella realizzazione di nuove infrastrutture di interconnessione tra le reti nazionali di trasporto di gas degli Stati membri dell'Unione europea e la rete di trasporto italiana, nella realizzazione in Italia di nuovi terminali di rigassificazione di gas naturale liquefatto e di nuovi stoccaggi in sotterraneo di gas naturale, o in significativi potenziamenti delle capacità delle infrastrutture esistenti sopra citate, tali da permettere lo sviluppo della concorrenza e di nuove fonti di approvvigionamento di gas naturale, possono richiedere, per la capacità di nuova realizzazione, un'esenzione dalla disciplina che prevede il diritto di accesso dei terzi. L'esenzione è accordata, caso per caso, per un periodo di almeno venti anni e per una quota di almeno l'80 per cento della nuova capacità, dal Ministero delle attività produttive, previo parere dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas. In caso di realizzazione di nuove

infrastrutture di interconnessione, l'esenzione è accordata previa consultazione delle autorità competenti dello Stato membro interessato. Restano fermi le esenzioni accordate prima della data di entrata in vigore della presente legge ai sensi del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, e i diritti derivanti dall'articolo 27 della legge 12 dicembre 2002, n. 273, per le concessioni rilasciate ai sensi delle norme vigenti e per le autorizzazioni rilasciate ai sensi dell'articolo 8 della legge 24 novembre 2000, n. 340. Con decreto del Ministro delle attività produttive sono definiti i principi e le modalità per il rilascio delle esenzioni e per l'accesso alla rete nazionale dei gasdotti italiani nei casi di cui al presente comma, nel rispetto di quanto previsto dalle disposizioni comunitarie in materia.

18. I soggetti che investono, direttamente o indirettamente, nella realizzazione di nuove infrastrutture internazionali di interconnessione con Stati non appartenenti all'Unione europea ai fini dell'importazione in Italia di gas naturale o nel potenziamento delle capacità di trasporto degli stessi gasdotti esistenti, hanno diritto, nei corrispondenti punti d'ingresso della rete nazionale dei gasdotti, all'allocazione prioritaria nel conferimento della corrispondente nuova capacità realizzata in Italia di una quota delle capacità di trasporto pari ad almeno l'80 per cento delle nuove capacità di importazione realizzate all'estero, per un periodo di almeno venti anni, e in base alle modalità di conferimento e alle tariffe di trasporto, stabilite dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas. Tale diritto è accordato dal Ministero delle attività produttive, previo parere dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, che deve essere reso entro il termine di trenta giorni dalla richiesta, trascorso il quale si intende reso positivamente<sup>222</sup>.

Sull'attribuzione delle esenzioni per la nuova capacità di importazione di gas si deve registrare un'inversione di tendenza del legislatore italiano, poiché tale competenza era precedentemente affidata all'Autorità per l'energia

---

<sup>222</sup> V. L. 23.08.2004 n. 239, "Riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia", art. 1 co. 17-18, in G.U.R.I. n. 215 del 13.09.2004.

elettrica e il gas<sup>223</sup>. La riallocazione al Ministero per le attività produttive di un simile potere evidenzia una situazione di conflitto di interesse, dal momento che lo Stato resta il principale azionista ed amministratore dell'ENI.

Peraltro, la differenziazione, operata dalla legge del 2004, tra infrastrutture di interconnessione con Paesi extracomunitari ed altre infrastrutture non pare condivisibile per due ordini di ragioni. In primo luogo, da un punto di vista economico, essa non tiene conto del fatto che la maggior parte del gas naturale giunge in Italia da Stati non appartenenti all'Unione europea, essendo anzi trascurabile il livello delle importazioni da produttori comunitari; perciò, viene introdotta una discriminazione del tutto ingiustificata ed inutile. In secondo luogo, il *case study* del prossimo capitolo dimostrerà come il controllo di gasdotti situati al di fuori della Comunità europea consenta ad ENI di controllare il mercato nazionale, limitando le importazioni e ostacolando l'ingresso di concorrenti; pertanto, il legislatore avrebbe dovuto valutare i gravi effetti anticoncorrenziali sul mercato nazionale e comunitario dell'applicazione di una norma come il citato comma 18 dell'art. 1 della L. 239/2004.

---

<sup>223</sup> V.: del. AEEG n. 91/02 del 15 maggio 2002, in G.U.R.I. Serie gen. n. 125 del 30.05.2002, "Disciplina dell'accesso di cui all'articolo 25, comma 1, del decreto legislativo n. 164/00, nel caso di realizzazione di nuovi terminali Gnl e di loro potenziamento".



## CAPITOLO II

### **Case study: Il provvedimento *ENI-Trans Tunisian Pipeline* dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.**

#### **1. Premessa: i fatti oggetto dell'istruttoria dell'Autorità antitrust.**

Con provvedimento del 15 febbraio 2006 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (in seguito AGCM) ha sanzionato ENI per aver violato l'art. 82 del Trattato CE, abusando della propria posizione dominante, tramite la controllata Trans Tunisian Pipeline Company Ltd. (in seguito: TTPC), in danno di quattro imprese che intendevano importare gas naturale algerino in Italia<sup>224</sup>. Il provvedimento, impugnato dinanzi al giudice amministrativo, è stato sostanzialmente confermato dal TAR del Lazio, pur se con una riduzione della sanzione, inizialmente fissata in € 290 milioni<sup>225</sup>.

Occorre premettere che – in seguito ad altra procedura – nell'ottobre 2004<sup>226</sup>, l'Autorità concludeva un'istruttoria nei confronti di ENI per inottemperanza alla diffida dell'Autorità ad eliminare le infrazioni accertate nell'ambito di un precedente procedimento istruttorio. In particolare, nel novembre 2002, l'AGCM aveva stabilito che ENI aveva abusato della propria posizione dominante, in violazione dell'art. 82 CE<sup>227</sup>. La condotta abusiva

---

<sup>224</sup> V.: AGCM A 358, *Eni-Trans Tunisian Pipeline*, 15174 del 15.02.2006 (chiusura istruttoria), in *Bollettino*, 2006, 5, pp. 5 ss.; l'istruttoria era stata avvia con provvedimento A 358, 13986 del 27.01.2005 (avvio istruttoria), in *Bollettino*, 2005, 4, pp. 5 ss.

<sup>225</sup> V. TAR Lazio, Roma, dispositivo n. 383/2006.

<sup>226</sup> V.: AGCM A-329B, *Blugas-Snam*, provv. 13644 del 07.10.2004 (chiusura istruttoria), in *Bollettino* 2004, 41, pp. 5 ss.

<sup>227</sup> V.: AGCM A-329, *Blugas-Snam*, provv. 11421 del 21.11.2002 (chiusura istruttoria), in *Bollettino* 2002, 47, pp. 5 ss.

consisteva nell'aver venduto all'estero, ad operatori italiani, volumi di gas provenienti da propri contratti *take or pay* (cosiddette "vendite innovative") in misura sufficiente a garantire, sino al 2007, la copertura di tutta la quota residua appannaggio di terzi operatori, nonché nell'aver garantito, a questi stessi operatori, un accesso prioritario e di lungo periodo alla rete nazionale di gasdotti di proprietà della propria controllata Snam Rete Gas Spa. Tale condotta abusiva aveva avuto l'effetto di impedire, o quantomeno ostacolare, l'entrata di concorrenti indipendenti nel mercato italiano della vendita di gas naturale. Il provvedimento fissava un termine di 90 giorni affinché Eni presentasse una relazione contenente le misure che intendeva adottare per eliminare l'infrazione accertata.

Nel marzo 2003, Eni aveva presentato una relazione nella quale si assumeva, in particolare, l'impegno di potenziare i propri gasdotti internazionali TAG (che importa gas russo attraverso l'Austria) e TTPC (che importa gas algerino attraverso la Tunisia) a favore di terzi operatori, a partire dall'anno 2008. In seguito, tuttavia, Eni aveva affermato che le misure proposte relative al potenziamento dei gasdotti erano divenute economicamente insostenibili a causa di un possibile eccesso di offerta di gas sul mercato italiano, revocando le stesse e preannunciando nuove misure, poi presentate all'Autorità nel febbraio 2004. In particolare, Eni proponeva un rinvio del potenziamento delle capacità dei gasdotti internazionali di alcuni anni (2011 per TAG e 2013 per TTPC), nel caso di realizzazione contestuale di almeno due terminali di rigassificazione di GNL da parte di altri soggetti, e di una offerta di cessioni di gas per un totale di 4 miliardi di metri cubi per quattro anni attraverso meccanismi di asta alla frontiera. L'Autorità riteneva che tali misure non fossero idonee a rimuovere la restrizione concorrenziale accertata e avviava, nel marzo 2004, un procedimento d'inottemperanza alla diffida, ai sensi dell'articolo 15, comma 2 della legge n. 287/90<sup>228</sup>.

---

<sup>228</sup> L'art. 15 co. 2 della L. 287/1990, cit., recita:

Nell'aprile 2004, Eni presentava nuove misure, successivamente modificate e integrate nel giugno 2004, tali da poter essere valutate dall'Autorità come idonee a rimuovere le infrazioni accertate. In particolare, Eni si impegnava alla vendita di determinati volumi di gas, su base pluriennale e a specifiche condizioni con riferimento al prezzo e alle modalità di cessione. Tale impegno veniva effettivamente attuato nel settembre 2004. A conclusione del procedimento per inottemperanza, l'Autorità riteneva che il comportamento di Eni, consistito nell'aver ingiustificatamente ritardato la presentazione e la realizzazione di misure idonee a rimuovere l'infrazione accertata nel novembre 2002, avesse limitato fortemente la possibilità per importatori indipendenti di immettere gas naturale sul mercato italiano della vendita, continuando in tal modo ad ostacolare il processo di liberalizzazione del mercato del gas naturale. Tenuto conto della gravità del comportamento di Eni, del significativo periodo di tempo per il quale si è protratta l'infrazione, della notevole dimensione economica dell'impresa e della necessità di assicurare l'efficacia deterrente della sanzione, l'Autorità ha ritenuto opportuno comminare un'ammenda di 4,5 milioni di euro.

Nel 2005, l'AGCM avviava una nuova inchiesta<sup>229</sup>, relativa ad abusi commessi nella gestione del gasdotto internazionale tra Tunisia e Sicilia (Trans Mediterranean Pipeline). Questi, in sintesi, i fatti della nuova inchiesta.

La società TTPC, di totale proprietà di ENI, era concessionaria esclusiva sino al 2019 dei diritti di trasporto sul gasdotto che attraversa il territorio tunisino dalla frontiera con l'Algeria sino alla località di Cap Bon, sul

---

In caso di inottemperanza alla diffida di cui al comma 1, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato ovvero, nei casi in cui sia stata applicata la sanzione di cui al comma 1, di importo minimo non inferiore al doppio della sanzione già applicata con un limite massimo del dieci per cento del fatturato come individuato al comma 1, determinando altresì il termine entro il quale il pagamento della sanzione deve essere effettuato. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa fino a trenta giorni.

<sup>229</sup> V. AGCM, A-358, *Eni-Trans Tunisian Pipeline*, provv. 13986 (avvio istruttoria), cit.

Canale di Sicilia<sup>230</sup>. Tale infrastruttura era unita al gasdotto sottomarino che collegava Cap Bon a Mazara del Vallo, quest'ultimo di proprietà della società Trans Mediterranean Pipeline Company Ltd. (in seguito: TMPC), il cui capitale apparteneva per il 50% a Eni e per il residuo 50% a Sonatrach, il fornitore algerino di gas naturale. Le due infrastrutture permettevano l'importazione in Italia di gas proveniente dall'Algeria.

Nel 2002, TTPC decideva di procedere ad un potenziamento del gasdotto tunisino: la capacità addizionale avrebbe consentito l'importazione in Italia di una quantità aggiuntiva di 6,5 miliardi di metri cubi di gas all'anno dal 2007 al 2019.

Visto che le richieste di concessione dei diritti di trasporto, relative a tale capacità addizionale, superavano la disponibilità, TTPC decideva di allocarli con criterio pro-quota, e, in data 31 marzo 2003, sottoscriveva contratti di trasporto con sette operatori. Tali contratti, caratterizzati dalla clausola “*ship or pay*”<sup>231</sup>, erano subordinati al verificarsi – entro il 30 giugno 2003 – di cinque condizioni sospensive:

- a) l'ottenimento dell'approvazione da parte dello Stato tunisino del contratto di trasporto, e la consegna della relativa documentazione a TTPC;
- b) il rilascio di una garanzia bancaria da parte dello *shipper*;
- c) l'ottenimento dell'autorizzazione all'importazione da parte dello Stato italiano, in base all'art. 3 del d. lgs. 164/2000<sup>232</sup>;

---

<sup>230</sup> Tale gasdotto è denominato Trans Tunisian Pipeline.

<sup>231</sup> In base alla clausola “*ship or pay*” l'importatore (*shipper*) assume l'obbligo di pagare il corrispettivo relativo ad un determinato volume di trasporto, anche se il volume effettivamente occupato dovesse risultare inferiore a quello pattuito. Similmente alla clausola *take or pay*, si tratta di una pattuizione diffusa nel commercio internazionale del gas naturale. Scopo di tali previsioni contrattuali, infatti, è garantire all'acquirente del gas la flessibilità necessaria a reagire a variazioni della domanda, senza trasferire il rischio di tale flessibilità sul produttore (o trasportatore).

<sup>232</sup> L'art. 3 del d.lgs. 164/2000, cit., recita:

1. L'attività di importazione di gas naturale prodotto in Paesi non appartenenti all'Unione europea è soggetta ad autorizzazione del Ministero dell'industria, del commercio e

- d) l'accordo con TMPC per il trasporto del gas attraverso il gasdotto sottomarino, e la notifica di esso a TTPC;
- e) la contestuale entrata in vigore di tutti i contratti di trasporto relativi alla capacità addizionale.

Soltanto quattro imprese (Edison, Compagnia Italiana Gas, Bidas e Worldenergy) ottenevano nel termine stabilito l'autorizzazione all'importazione in Italia, avendo documentato al Ministero delle Attività Produttive l'effettiva sussistenza di un contratto di fornitura di gas con il produttore algerino Sonatrach.

Con lettere del 24 giugno 2003 e del 7 luglio 2003 TTPC proponeva ai quattro importatori autorizzati di posticipare sino al 30 ottobre 2003 il termine (già fissato per il 30 giugno) di scadenza delle condizioni sospensive sub *a)* (autorizzazione al trasporto da parte dello Stato tunisino), *b)* (garanzia bancaria), ed *e)* (notifica dell'accordo con TPMC per il transito del gas). Nella prima di tali lettere, TTPC precisava che la decisione di procrastinare la scadenza delle condizioni sospensive seguiva ad una comunicazione di ENI con cui venivano rappresentate sostanziali modifiche nel quadro di previsione

---

dell'artigianato, rilasciata in base a criteri obiettivi e non discriminatori pubblicati ai sensi dell'art. 29.

2. Il rilascio dell'autorizzazione di cui al comma 1 è subordinato al possesso, nei soggetti richiedenti, dei seguenti requisiti:

- a) capacità tecniche e finanziarie adeguate al progetto di importazione;
- b) idonee informazioni e garanzie circa la provenienza del gas naturale;
- c) affidabilità dell'approvvigionamento, degli impianti di coltivazione e del sistema di trasporto;
- d) disponibilità di stoccaggio strategico ubicate nel territorio nazionale nella misura del 10% delle quantità di gas naturale importato in ciascun anno e con una disponibilità di punta giornaliera al termine del periodo di punta stagionale pari almeno al 50% dell'importazione media giornaliera prevista nello stesso periodo di punta, nel rispetto dei criteri stabiliti ai sensi dell'art. 28, comma 2, e delle disposizioni dell'art. 12;
- e) capacità, mediante opportuni piani di investimento, di contribuire allo sviluppo o alla sicurezza del sistema nazionale del gas attraverso infrastrutture di approvvigionamento, trasporto o distribuzione, o attraverso la diversificazione geografica dei Paesi produttori.

3. [...].

4. L'attività di importazione si intende autorizzata ove il diniego, fondato su motivi obiettivi e non discriminatori, non sia stato espresso entro tre mesi dalla richiesta. Il diniego è comunicato, con la relativa motivazione al richiedente, all'Autorità per l'energia elettrica e il gas e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Del provvedimento di diniego è data informazione alla Commissione delle Comunità europee. Il soggetto importatore, contestualmente alla richiesta di autorizzazione di cui al comma 1, trasmette all'Autorità per l'energia elettrica e il gas, gli elementi di cui al comma 5, lettere a), b), c) e d). [...].

del mercato italiano. In particolare, TTPC riportava che, a partire dal 2008, si sarebbe determinata una grave situazione di eccesso di offerta di gas conseguente al potenziamento dei gasdotti esistenti e alla realizzazione di terminali di rigassificazione. Tali circostanze avrebbero determinato, a parere di ENI, l'impossibilità per gli importatori di gas di adempiere nel loro insieme ai propri obblighi *take or pay*. Inoltre, ENI motivava la proposta di posticipare la scadenza delle condizioni sospensive anche in relazione alla mancanza di un accordo sulla ristrutturazione societaria della TMPC.

Successivamente, dopo aver concesso alcune proroghe del termine originariamente stabilito, in data 3 novembre 2003, TTPC dichiarava agli importatori la risoluzione dei contratti, poiché non risultavano avverate le condizioni sospensive.

Dopo l'avvio dell'istruttoria, ENI presentava all'AGCM una prima serie di impegni nel maggio e nell'ottobre 2005. In particolare, ENI sottoponeva tre misure cumulative: a) l'impegno a realizzare il potenziamento del TAG a partire dal 1° ottobre 2008, per una capacità di 3,2 miliardi di metri cubi di gas all'anno, e per una ulteriore capacità di 3,3 miliardi di metri cubi l'anno dal 1° ottobre 2011; b) l'impegno a realizzare il potenziamento del gasdotto TTPC per una capacità complessiva di 6,5 miliardi di metri cubi l'anno in due fasi, di cui la prima dal 1° ottobre 2008 per una capacità di 3,2 miliardi di metri cubi e la seconda, per la residua capacità, a partire dal 1° ottobre 2011, condizionata tuttavia all'autorizzazione da parte dello Stato tunisino all'estensione dei diritti di trasporto della società TTPC oltre l'anno 2019; c) l'impegno al conferimento della capacità addizionale in base a procedure obiettive e non discriminatorie.

Tali misure, tuttavia, venivano ritenute inidonee ad elidere la responsabilità dell'impresa dominante. In particolare, l'AGCM sottoponeva gli impegni presentati da ENI al parere all'Autorità per l'energia elettrica e il gas, la quale sottolineava come le misure proposte fossero sostanzialmente

ricollegabili al disegno dell'operatore dominante di scegliere modi, quantità e soggetti con cui competere sul mercato nazionale. L'AEEG concludeva affermando che l'intera capacità addizionale oggetto degli impegni si sarebbe dovuta realizzare da subito; peraltro, secondo l'AEEG, non si poteva condividere l'impostazione offerta da ENI, che finiva per rimettere a se stessa le decisioni di investimento relative alle infrastrutture di importazione del gas in Italia, senza tenere conto delle richieste di accesso di terzi al sistema nazionale.

Nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie del 4 novembre 2005, quindi, l'AGCM contestava ad ENI di aver posto in essere, direttamente e tramite la società controllata TTPC, un'articolata strategia, consistente in un comportamento complesso, composto da una pluralità di atti commissivi ed omissivi, idonei ad integrare un abuso di posizione dominante di natura escludente in violazione dell'art. 82 del Trattato CE. Secondo l'Autorità, l'abuso sarebbe stato determinato dalla decisione di ENI, elaborata nel corso del 2003, di non procedere più, entro il marzo 2007, al progettato potenziamento della capacità di trasporto del gasdotto TTPC per 6,5 miliardi di metri cubi l'anno; al riguardo, inoltre, l'AGCM osservava come l'avveramento delle condizioni sospensive venisse sostanzialmente rimesso alla volontà di ENI.

Dopo la notifica della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, ENI presentava nuove misure in data 13 febbraio 2006, impegnandosi a effettuare il potenziamento dei gasdotti entro il 1° ottobre 2008.

I nuovi impegni presentati venivano valutati in modo parzialmente positivo dall'AGCM, nel senso che essi potevano ridurre, ma non escludere, le conseguenze dell'infrazione accertata. Essi, pertanto, comportavano un'attenuazione della sanzione.

All'esito dell'istruttoria, con provvedimento del 15 febbraio 2006, l'AGCM dichiarava quanto segue:

La condotta posta in essere da ENI, tramite la propria controllata Trans Tunisian Pipeline Company Ltd, consistente nell'aver interrotto la procedura di potenziamento del gasdotto TTPC, da tempo avviata, per la quale erano già stati firmati contratti di trasporto ship or pay con alcuni shipper, con l'obiettivo di mantenere i volumi venduti sul mercato dell'approvvigionamento all'ingrosso di gas naturale, costituisce una violazione grave dell'articolo 82 del Trattato di Roma<sup>233</sup>.

L'Autorità, inoltre, ordinava ad ENI di provvedere all'attuazione degli impegni presentati nel 2006 entro il 1° ottobre 2008, e comminava alla stessa la sanzione amministrativa pecuniaria di 290 milioni di euro.

## **2. Le motivazioni del provvedimento.**

Nella motivazione del provvedimento in commento, così come negli atti dell'istruttoria, l'AGCM fa ampio uso dell'Indagine conoscitiva sullo stato della liberalizzazione del settore del gas naturale<sup>234</sup>, svolta congiuntamente all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, ed ultimata nel 2005.

A proposito della posizione dominante di ENI, l'AGCM cita testualmente l'indagine, ed osserva:

Eni, direttamente o attraverso società partecipate, è in grado di condizionare la gestione di tutte le infrastrutture di trasporto via tubo che adducono il gas importato in Italia e dell'unico terminale di GNL attualmente esistente [...]. Tale posizione conferisce ad Eni il potere di influenzare le dinamiche

---

<sup>233</sup> V.: AGCM A 358, *Eni-Trans Tunisian Pipeline*, 15174 (chiusura istruttoria), cit., dispositivo del provvedimento, lettera a).

<sup>234</sup> V.: AGCM, IC-22 *Stato della liberalizzazione dei settori dell'energia elettrica e del gas naturale*, provvedimento n. 14031 del 09.02.2005 (chiusura indagine), in *Bollettino* 2005, 6, pp. 25 ss. Il testo integrale dell'indagine conoscitiva è scaricabile dal sito [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

concorrenziali sul mercato a valle della vendita, tramite una gestione poco trasparente delle infrastrutture<sup>235</sup>.

L'indagine conoscitiva, in particolare, aveva chiarito che, visto il livello trascurabile della produzione nazionale di gas naturale, le infrastrutture che ne permettono l'importazione, ossia i gasdotti internazionali e l'unico terminale di rigassificazione in funzione<sup>236</sup>, sono indispensabili per l'accesso al mercato interno della vendita all'ingrosso del gas. Eni, attraverso il controllo di tutte le infrastrutture essenziali, è in grado di controllare il mercato derivato della vendita del gas naturale. Le decisioni di Eni (o delle società controllate) in merito alla gestione delle infrastrutture possono essere prese al fine di favorire Eni stessa, riservando ad essa il mercato della vendita.

Passando alla definizione del mercato rilevante, l'AGCM lo fa coincidere quello dell'approvvigionamento all'ingrosso di gas per il mercato italiano; tale mercato è collocato a valle della fase relativa al trasporto internazionale del gas algerino in Italia<sup>237</sup>.

Quindi, l'Autorità contesta ad Eni di aver commesso «un abuso di posizione dominante di natura escludente, concretizzatosi sul mercato del trasporto internazionale di gas algerino in Italia ed avente come effetto quello di ostacolare e/o impedire l'ingresso di operatori indipendenti sul mercato nazionale dell'approvvigionamento all'ingrosso di gas naturale»<sup>238</sup>.

L'integrazione verticale esistente tra Eni e TTPC avrebbe consentito alla prima, tramite la seconda, di non potenziare il gasdotto tunisino, in tal modo ostacolando l'ingresso sul mercato italiano di ingenti quantitativi di

---

<sup>235</sup> V.: *ivi*, pt. 91.

<sup>236</sup> Il presente elaborato giunge alla stampa mentre sono in fase di autorizzazione o di realizzazione alcuni nuovi terminali di rigassificazione. V. *supra*, cap. precedente, con riferimento all'esenzione accordata dal Ministero delle Attività Produttive al terminale GNL di Brindisi.

<sup>237</sup> V.: AGCM A 358, *Eni-Trans Tunisian Pipeline*, 13986 avvio istruttoria, cit., pt. 37.

<sup>238</sup> V.: AGCM A 358, *Eni-Trans Tunisian Pipeline*, 13986 avvio istruttoria, cit., pt. 45.

gas<sup>239</sup>. In proposito, l'AGCM osserva come TTPC non avrebbe avuto alcun motivo per non portare a termine il previsto potenziamento del gasdotto, se non quello di permettere alla controllante Eni di mantenere la propria quota sul mercato derivato dell'approvvigionamento all'ingrosso di gas naturale<sup>240</sup>.

Quanto al pregiudizio al commercio intracomunitario, l'AGCM ritiene che esso sia ravvisabile, poiché l'abuso ipotizzato determinerebbe una compartimentazione dell'intero mercato nazionale, rendendo più difficile la penetrazione nel mercato medesimo di concorrenti stabiliti in altri Stati membri<sup>241</sup>.

Pur senza svolgere un riferimento preciso e puntuale, il ragionamento dell'Autorità indubbiamente tiene conto dell'*essential facilities doctrine*.

In particolare, l'AGCM esamina con notevole approfondimento quattro elementi.

In primo luogo, la natura essenziale dell'infrastruttura, su cui l'Autorità non si limita a rinviare, come detto sopra, all'Indagine conoscitiva del 2005. Il provvedimento, infatti, esamina più dettagliatamente la natura essenziale del gasdotto TTPC, ed afferma che l'accesso ad esso non poteva essere sostituito da altre fonti di approvvigionamento, data la situazione di saturazione della capacità di trasporto disponibile<sup>242</sup>.

In secondo luogo, il provvedimento verifica se, in concreto, l'infrastruttura è controllata da un'impresa in posizione dominante. Sul punto, l'Autorità rileva come ENI detenga una quota compresa tra il 65 ed il 70% del mercato dell'approvvigionamento all'ingrosso del gas naturale in Italia. Peraltro, l'AGCM si basa su una definizione del mercato rilevante che tende a comprendere l'intero mercato nazionale dell'importazione di gas, e non si

---

<sup>239</sup> V.: AGCM A 358, *Eni-Trans Tunisian Pipeline*, 13986 avvio istruttoria, cit., pt. 49.

<sup>240</sup> V.: AGCM A 358, *Eni-Trans Tunisian Pipeline*, 13986 avvio istruttoria, cit., pt. 51 s.

<sup>241</sup> V.: AGCM A 358, *Eni-Trans Tunisian Pipeline*, 13986 avvio istruttoria, cit., pt. 56 ss.

<sup>242</sup> V.: AGCM A 358, *Eni-Trans Tunisian Pipeline*, 15174 chiusura istruttoria, cit., pt. 129 ss.

limita a considerare i volumi importati attraverso il gasdotto italo-algerino<sup>243</sup>. È significativo, inoltre, come venga rigettata l'eccezione, svolta da ENI nelle proprie memorie difensive, in base alla quale la quota di mercato sarebbe comunque inferiore alla soglia stabilita dall'art. 19 del decreto legislativo n. 164 del 2000<sup>244</sup>, che prevede un "tetto" del 71% del gas immesso sul territorio nazionale per il 2004. Sull'argomento, l'Autorità afferma che la citata soglia «non assume rilievo ai fini dell'identificazione di una posizione dominante, data l'esistenza di alcun nesso sia di tipo logico sia di tipo giuridico tra le soglie previste dal citato articolo 19 del Decreto Legislativo n. 164/2000 e il concetto di posizione dominante ai sensi dell'articolo 82 del Trattato»<sup>245</sup>.

In terzo luogo, l'Autorità verifica se, in base alle risultanze dell'istruttoria, le imprese che intendevano accedere alla capacità addizionale conseguente al potenziamento del TTPC fossero in grado di duplicare l'infrastruttura essenziale. A tale questione il provvedimento risponde come segue:

Con l'unica eccezione di Edison, operatore di dimensione notevole che può operare su più progetti di importazione di lungo periodo contemporaneamente, gli altri shipper coinvolti nel potenziamento del TTPC, CIG, Bidas e Worldenergy, si caratterizzavano per avere dimensione e capacità finanziaria tali da poter riporre i propri sforzi unicamente in questo tipo di investimento<sup>246</sup>.

In quarto luogo, il provvedimento esamina la realizzabilità tecnica del progetto di potenziamento della capacità di trasporto del gasdotto internazionale TTPC. In proposito, l'Autorità afferma:

---

<sup>243</sup> V.: AGCM A 358, *Eni-Trans Tunisian Pipeline*, 15174 chiusura istruttoria, cit., pt. 143 ss.

<sup>244</sup> V. *supra*, capitolo precedente.

<sup>245</sup> V.: AGCM A 358, *Eni-Trans Tunisian Pipeline*, 15174 chiusura istruttoria, cit., pt. 159.

<sup>246</sup> V.: AGCM A 358, *Eni-Trans Tunisian Pipeline*, 15174 chiusura istruttoria, cit., pt. 138.

Nello specifico, il progetto di potenziamento della capacità di trasporto avviato da TTPC nel 2002 non prevedeva la posa di tubi aggiuntivi, ma, più semplicemente, l'incremento della capacità di compressione del gas all'interno del gasdotto tramite la realizzazione di nuove centrali di compressione, e, di conseguenza, l'aumento del volume di gas trasportabile. Nello specifico, l'incremento della capacità di trasporto per 6,5 miliardi di metri cubi anno sarebbe stato possibile attraverso un ammodernamento di alcune centrali di compressione esistenti e la realizzazione di alcune nuove centrali lungo il tragitto del percorso<sup>247</sup>.

Sempre con riguardo alla questione della fattibilità dell'accesso all'infrastruttura essenziale, l'Autorità enfatizza come, da un lato, gli *shipper* avessero ottenuto l'autorizzazione ministeriale all'attività di trasporto; dall'altro, appare dirimente la circostanza che TTPC avesse stipulato un contratto con gli *shipper* autorizzati.

In quinto luogo, infine, il provvedimento verifica se il rifiuto opposto da TTPC sia riconducibile ad ENI, nel senso che la risoluzione dei contratti stipulati da TTPC con gli *shipper* avesse per oggetto o per effetto la conservazione della posizione dominante di ENI sul mercato italiano dell'approvvigionamento all'ingrosso del gas naturale. In proposito, l'Autorità esamina la strategia commerciale di ENI, che comportava, peraltro, «il potenziamento delle infrastrutture di importazione in tempi adeguati alla crescita dei consumi di gas in Italia, tenuto conto dell'evoluzione del contesto regolatorio e competitivo»<sup>248</sup>. Inoltre, il provvedimento sottolinea come TTPC non avesse alcuna ragione obiettiva per dichiarare la risoluzione dei contratti intercorsi con gli *shipper*, poichè, al contrario, qualsiasi operatore indipendente al posto di TTPC avrebbe avuto interesse a procedere al potenziamento,

---

<sup>247</sup> V.: AGCM A 358, *Eni-Trans Tunisian Pipeline*, 15174 chiusura istruttoria, cit., pt. 139.

<sup>248</sup> V.: AGCM A 358, *Eni-Trans Tunisian Pipeline*, 15174 chiusura istruttoria, cit., pt. 192.

potendo vendere la capacità di trasporto addizionale a prezzi convenienti<sup>249</sup>. Perciò il comportamento di TTPC non aveva altra spiegazione se non l'attuazione della volontà di ENI, contraria al potenziamento del gasdotto<sup>250</sup>.

### 3. Segue: L'applicazione dell'*essential facilities doctrine*

Il provvedimento in commento, è stato scelto come *case study* del presente elaborato, anche se l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato non afferma la responsabilità di ENI in base all'*essential facilities doctrine*.

L'Autorità, infatti, manifesta di aver scelto un approccio più tradizionale sull'applicazione dell'art. 82 CE, e cita espressamente la dottrina una sola volta, per confutare un'argomentazione difensiva di ENI, basata su di essa<sup>251</sup>.

---

<sup>249</sup> V.: AGCM A 358, *Eni-Trans Tunisian Pipeline*, 15174 chiusura istruttoria, cit., pt. 200 ss., in cui l'Autorità afferma quanto segue:

200. L'integrazione verticale ha giocato un ruolo determinante nell'attuazione della suddetta strategia. Eni, infatti, si è potuta garantire il rinvio del potenziamento del gasdotto grazie al fatto di detenere il controllo di TTPC. Laddove, infatti, TTPC avesse agito da operatore indipendente nel settore del trasporto internazionale di gas, stante la già avvenuta sottoscrizione dei contratti con gli shipper, avrebbe avuto tutto l'interesse a procedere al potenziamento.

201. In un'ottica di indipendenza e di massimizzazione del profitto è lecito supporre che TTPC avrebbe assunto un atteggiamento maggiormente collaborativo nei confronti degli shipper in vista dell'esito positivo della vicenda negoziale in corso, tenuto conto, del resto, che la stessa aveva già in precedenza concesso proroghe ai termini di avveramento delle condizioni sospensive a tal fine e, soprattutto, che aveva la prospettiva di percepire la tariffa di trasporto su 6,5 miliardi di metri cubi annui dal marzo 2007 fino al 2019. E' chiaro, quindi, che la concessione di un'ulteriore proroga non poteva rappresentare un ostacolo insormontabile se commisurata all'importanza economica del progetto, e tenuto conto che gli shipper avevano posto in essere tutto quanto in loro potere al fine dell'avveramento delle condizioni sospensive.

<sup>250</sup> V.: AGCM A 358, *Eni-Trans Tunisian Pipeline*, 15174 chiusura istruttoria, cit., pt. 202.

<sup>251</sup> V.: AGCM A 358, *Eni-Trans Tunisian Pipeline*, 15174 chiusura istruttoria, cit., pt. 118, in cui si legge quanto segue:

Al di là del dato meramente formale, tuttavia, si è visto sopra come sia la motivazione che il dispositivo del provvedimento in esame siano conformi all'*essential facilities doctrine*.

In questo senso, l'EFD può sostenere l'iter motivazionale del provvedimento e rappresentare allo stesso tempo un percorso alternativo (e semplificato) per condurre alla medesima soluzione: il diniego di accesso alla capacità addizionale del gasdotto costituisce una violazione dell'art. 82 CE.

Infatti, anzitutto, un gasdotto internazionale può senz'altro ritenersi un'infrastruttura essenziale, non duplicabile almeno nel medio periodo; comunque, l'accesso ad una infrastruttura di trasporto è assolutamente indispensabile per l'importazione del gas naturale nel mercato nazionale. Nel caso di specie, inoltre, tutte le infrastrutture di trasporto e di stoccaggio sono risultate sottoposte al controllo dell'impresa dominante sul mercato derivato. D'altronde, non è neppure possibile una sostituzione del gas importato con quello di produzione nazionale, dal momento che quest'ultimo, oltre ad essere insufficiente, ed anzi assai scarso, resta comunque sotto il controllo dello stesso operatore dominante.

Quanto alla natura abusiva del rifiuto, appaiono opportune alcune osservazioni relative alla fattispecie concreta.

In primo luogo, un'impresa titolare di un'infrastruttura di trasporto essenziale, verticalmente integrata con un'altra impresa dominante sul mercato

---

Del resto, anche qualora, per mera ipotesi, si considerasse il gasdotto TTPC come un'infrastruttura essenziale, si osserva che mai il proprietario di una tale infrastruttura può essere obbligato ad un potenziamento al fine di consentire l'accesso di terzi [A detta di Eni, la dottrina dell'*essential facility*, infatti, non impone al proprietario dell'infrastruttura di investire per espandere la capacità della stessa e metterla a disposizione dei propri concorrenti. A conferma di ciò, si citano: (i) il contributo della Commissione Europea all'OCSE, del 1996, sul tema dell'*essential facility*; (ii) la comunicazione della Commissione in materia di applicazione del diritto della concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni; (iii) il provvedimento Snam-Tariffe di vettoriamento dell'Autorità (e la dottrina e giurisprudenza ivi richiamate); (iv) e il recentissimo Discussion Paper della Commissione Europea sull'applicazione dell'art. 82 del Trattato CE del 19 dicembre 2005, in cui si ribadisce che, nel caso di un'infrastruttura essenziale, l'accesso può essere rifiutato se vi è completa saturazione della capacità dell'infrastruttura.

derivato, se rifiuta l'accesso al gasdotto a potenziali concorrenti nel mercato a valle, rende quasi impossibile la concorrenza e al tempo stesso ostacola l'ingresso su tale mercato di un prodotto, il gas, per cui esiste senza dubbio una domanda potenziale.

In secondo luogo, se l'impresa verticalmente integrata controlla tutte le *essential facilities*, indispensabili per l'accesso al mercato derivato, tale rifiuto potrebbe produrre l'effetto di annullare anche l'ingresso di concorrenti efficienti sul mercato derivato, già dominato dall'impresa verticalmente integrata. In tal caso, infatti, un eventuale accesso al mercato sarebbe possibile soltanto per i *competitors* in grado di duplicare, almeno parzialmente, l'infrastruttura essenziale, creando ad esempio un nuovo gasdotto oppure un nuovo terminale di rigassificazione. Sul punto, il provvedimento dell'AGCM soddisfa anche la condizione affermata dalla giurisprudenza comunitaria esaminata, per cui la non duplicabilità deve essere accertata in termini oggettivi e non in relazione alla peculiare situazione dell'impresa concorrente<sup>252</sup>.

In terzo luogo, quanto al comportamento di ENI-TTPC, esso si colloca a metà strada tra l'interruzione della fornitura in corso<sup>253</sup> e il diniego ad una nuova fornitura<sup>254</sup>.

Infine, nel caso di specie il rifiuto escludente parrebbe privo di valide ed obiettive giustificazioni, poiché la decisione di TTPC di non dare seguito al progettato potenziamento del gasdotto ha comportato la rinuncia – per la stessa impresa – a consistenti corrispettivi per il trasporto del gas. Non occorrerebbe, comunque, provare che il *refusal to supply* sia motivato precisamente dall'intento di evitare che sul mercato derivato entri un nuovo prodotto ovvero un nuovo concorrente dell'impresa verticalmente integrata.

---

<sup>252</sup> V.: Tribunale di primo grado CE, sentenza *Ladbroke*, cit., pt. 131.

<sup>253</sup> V.: Corte di giustizia CE, sentenza *Istituto Chemioterapico Italiano SpA e a. c. Commissione (Commercial Solvents)*, cit.

<sup>254</sup> V.: Corte di giustizia CE, sentenza *RTE e a. c. Commissione (Magill)*, cit.

#### 4. Il rapporto tra regole di concorrenza e norme di regolazione di settore

Il provvedimento in commento offre l'occasione di esaminare comparativamente l'ambito di applicazione delle regole di concorrenza rispetto alle norme settoriali sul mercato del gas naturale<sup>255</sup>.

In proposito, il *case study* dimostra come l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza non possa essere esclusa né diminuita per effetto delle norme di regolazione di settore.

Sul punto, in particolare, il provvedimento respinge l'argomentazione, svolta da ENI, per cui la posizione dominante e la conseguente violazione dell'art. 82 CE sarebbe esclusa dall'art. 19 del d.lgs. 164/2000, che – recependo

---

<sup>255</sup> Tra i principali scritti in materia, v.: M. ALBERS, *Competition Law Issues Arising From the Liberalisation Process*, in D. GERADIN (editor), *The Liberalisation of Electricity and Natural Gas in the European Union*, L'Aja, 2001, pp. 3 ss.; P. AREEDA, *Essential facilities: an epithet in need of limiting principles*, in *Antitrust Law Journal*, vol. 58, 1990, pp. 841 ss.; P. CAMERON (editor), *Legal Aspects of EU Energy Regulation: Implementing the New Directives on Electricity and Gas Across Europe*, Oxford, 2005, pp. LII-578; P. CAMERON, *Competition in Energy Markets: Law and Regulation in the European Union*, Oxford, 2002, pp. LVIII-478; F. MCGOWAN, *Reconciling EU Energy and Environment Policy*, in P. JASINSKI-W. PFAFFENBERGER (editors), *Energy and Environment: Multiregulation in Europe*, Aldershot, 2000, pp. 1 ss.; E. MOAVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Napoli, 2004, pp. XVI-305; E. MOAVERO MILANESI, *Les services d'interet économique général, les entreprises publiques et les privatisations*, in *Revue de droit de l'Union européenne*, 2000, pp. 117 ss.; C. MALINCONICO, *Il nuovo assetto della regolazione: il riparto delle competenze ed i rapporti tra la Commissione UE, l'Autorità per l'energia e il Governo*, in *Atti del Convegno Paradigma in Milano del 25 novembre 2004*, inedito; P. MØLLGARD-C. KASTBERG NIELSEN, *The Competition Law and Economics of Electricity Market Regulation*, in *European Competition Law Review*, 2004, 1, pp. 37 ss.; P.D. PARK, *Energy Law and the Environment*, New York, 2002, pp. XI-267; L.F. PACE, *Diritto europeo della concorrenza, Divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, Padova, 2007, pp. 134; PAPPALARDO A., *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2007, pp. 398 ss.; A. RAFFAELLI-J.F. BELLIS, *Diritto comunitario della concorrenza*, Milano, 2002; M. ROGGENKAMP-A. RONNE-C. REDGWELL-I. DEL GUAYO I., (editors), *Energy Law in Europe*, cit.; M. SIRAGUSA-M. BERETTA, *La dottrina delle essential facilities...*, cit.; J. TEMPLE LANG, *Defining legitimate competition*, cit.; G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1996, 3, pp. 719 ss.; G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Padova, III ed. 2005, pp. XXI-865; I. VAN BAEL-J.F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, L'Aja, 2005, pp. 940 ss.

la direttiva n. 98/30/CE relativa all'instaurazione del mercato interno del gas naturale, stabilisce che un singolo operatore possa detenere una quota di mercato non superiore al 71%. Al contrario, secondo l'Autorità, il d.lgs. 164/2000 non avrebbe alcun nesso con la determinazione della posizione dominante di un'impresa i sensi dell'art. 82 CE.

Appare lecito affermare che, secondo l'AGCM, le due norme sono completamente distinte quanto a finalità ed ambito di applicazione. Mentre le norme di regolazione settoriale, tra cui rientra il d.lgs. 164/2000, hanno la funzione di aprire i mercati nazionali, consentendo l'esercizio delle libertà di circolazione stabilite dal Trattato, le regole di concorrenza riguardano qualunque attività economica. Inoltre, sotto il profilo formale, l'applicazione delle regole di concorrenza non può essere esclusa né limitata o derogata per effetto delle norme di liberalizzazione del mercato dell'elettricità e del gas, visto che le regole di concorrenza sono gerarchicamente sovraordinate. La conseguenza di un eventuale contrasto tra le due categorie di norme, pertanto, dovrebbe essere risolta con la disapplicazione delle regole settoriali.

Ne consegue che anche le possibili giustificazioni del *refusal to supply*, devono essere esaminate non solo e non tanto in relazione alle norme di liberalizzazione di settore, quanto piuttosto alla luce delle regole di concorrenza. Sul punto, tuttavia, si è visto sopra come la giurisprudenza comunitaria sia ancora piuttosto scarsa<sup>256</sup>.

È possibile affermare che il rifiuto di accesso possa essere giustificato in base all'insufficiente capacità dell'infrastruttura, all'eventuale carenza tecnica od economica del concorrente che chiede di accedervi, ovvero agli obblighi assunti dal titolare per contratto o in forza di legge o di atti amministrativi.

A tale proposito, si deve ricordare che gli Stati membri possono porre obblighi di servizio pubblico a carico delle imprese incaricate dei servizi di

---

<sup>256</sup> Cfr.: Corte di giustizia CE, sentenza 29.06.1978, *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV e a. e a. c. Commissione (Crisi petrolifera)*, in cause riunite C-77/77, Racc., pp. 1513 ss.

interesse economico generale. Nel settore dell'energia, l'art. 3 della dir. 2003/54<sup>257</sup> e l'art. 3 della dir. 2003/55<sup>258</sup> stabiliscono che, rispettivamente nei mercati dell'elettricità e del gas naturale, gli Stati membri possono imporre alle imprese incaricate del servizio di interesse generale obblighi relativi al servizio pubblico «concernenti la sicurezza, compresa la sicurezza dell'approvvigionamento, la regolarità, la qualità e il prezzo delle forniture, nonché la tutela ambientale, compresa l'efficienza energetica e la protezione del clima». Occorre, peraltro, che tali obblighi siano «chiaramente definiti, trasparenti, non discriminatori e verificabili»; le misure che li introducono, inoltre, debbono essere comunicate alla Commissione. L'accesso può essere negato qualora esso non consenta l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico<sup>259</sup>.

Inoltre, nell'ottica di favorire gli investimenti infrastrutturali, speciali deroghe sono poste al *third party access* con riferimento alle nuove infrastrutture di trasporto dell'energia<sup>260</sup>. *Ratio* di tali deroghe, come si è visto sopra, è favorire l'aumento della concorrenzialità del mercato, direttamente collegata all'aumento delle quantità di elettricità e di gas disponibili. Le norme comunitarie, tuttavia, limitano la possibilità di concessione di deroghe, condizionandole ad un incremento della concorrenza sui mercati derivati; è chiaro, quindi, che difficilmente le imprese in posizione dominante (c.d. *incumbents*) potranno godere<sup>261</sup>.

Occorre, infine, ricordare che, allo scopo di garantire la sicurezza degli approvvigionamenti di gas naturale, la normativa di settore consente al titolare dell'infrastruttura di trasporto di negare l'accesso a terzi qualora la diminuzione della capacità disponibile in conseguenza dell'accesso comporti gravi difficoltà

---

<sup>257</sup> V.: Dir. 2003/54/CE cit.

<sup>258</sup> V.: Dir. 2003/55/CE cit.

<sup>259</sup> V.: art. 21 Dir. 2003/55, cit., *supra*, cap. precedente.

<sup>260</sup> V. art. 22 Dir. 2003/55, cit., *supra*, cap. precedente.

<sup>261</sup> Art. 22 Dir. 2003/55, cit., *supra*, cap. precedente.

nell'adempimento di contratti *take or pay* sottoscritti dal titolare dell'infrastruttura<sup>262</sup>.

Nel caso di specie, la pretesa impossibilità dell'operatore dominante, gestore indiretto dell'infrastruttura, di adempiere agli obblighi derivanti dai contratti *take or pay* non è stata affatto dimostrata. L'onere di provare la sussistenza di una valida giustificazione del proprio diniego di fornitura, come detto sopra, incombeva su ENI<sup>263</sup>.

---

<sup>262</sup> V. art. 21 Dir. 2003/55, cit.

<sup>263</sup> Cfr. Commission DG Competition *Discussion Paper*, cit.; v. *supra*, parte I, cap. III, par. n. 3.



## CONCLUSIONI

La dottrina delle *essential facilities* consente alle autorità antitrust<sup>264</sup> di obbligare un'impresa in posizione dominante a condividere un'infrastruttura essenziale con soggetti concorrenti in un mercato collegato a quello dell'infrastruttura.

Il principio, di derivazione pretoria, si basa su solidi appigli normativi e ha conosciuto una costante applicazione sia nella giurisprudenza, sia nella prassi decisionale *antitrust*, per cui non pare corretto negarne radicalmente l'esistenza<sup>265</sup>.

Vero è che non si rinviene, nelle sentenze della Corte di giustizia, una formale e letterale affermazione o condivisione della dottrina. Dal punto di vista sostanziale, tuttavia, non può revocarsi in dubbio che anche il giudice comunitario, come quello statunitense, abbia riconosciuto la dottrina stessa.

Se si considera, infatti, che la giurisprudenza sull'applicazione della dottrina – a partire dalle sentenza *Commercial Solvents* del 1974<sup>266</sup> – è ormai più che trentennale, si comprende facilmente che la Corte, se avesse voluto, avrebbe potuto smentirla in molte occasioni. In tal senso, si deve sottolineare come gli avvocati generali Jacobs, Tizzano e Poiars Maduro vi abbiano fatto ampio riferimento nelle proprie conclusioni rassegnate rispettivamente nelle cause *Bronner*<sup>267</sup>, *IMS Health*<sup>268</sup> e *KPN Telecom*<sup>269</sup>. Anzi, proprio le conclusioni

---

<sup>264</sup> In USA, tuttavia, siffatto potere è affidato ai giudici, cui compete essenzialmente l'applicazione delle norme antitrust; anzi, si è visto *supra*, Parte I, Capitolo I, come la dottrina stessa sia stata elaborata dalla giurisprudenza negli USA.

<sup>265</sup> In tal senso, v. *supra*, parte I, cap. I, par. 9, sent. *Verizon Communication Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, cit.

<sup>266</sup> V.: Corte di giustizia CE, sentenza *Istituto Chemioterapico Italiano SpA e a. c. Commissione (Commercial Solvents)*, cit.

<sup>267</sup> V.: Concl. Avv. gen. Avv. gen. Jacobs in causa *Bronner*, cit., pt. 33-70.

<sup>268</sup> V.: Concl. Avv. gen. Tizzano in causa *IMS Health*, cit., pt. 46 ss.

<sup>269</sup> V.: Concl. Avv. gen. Poiars Maduro in causa *KPN Telecom*, cit., pt. 32 ss.

dell'avvocato generale Jacobs sembrano contenere alcuni spunti che sono stati successivamente sviluppati dalla Commissione, la quale, evidentemente, ha saputo leggerle con attenzione.

L'esame della casistica rassegnata consente di affermare che i presupposti di applicazione della dottrina delle *essential facilities* sono analoghi nel diritto della concorrenza statunitense e comunitario. In proposito, il *four prong test*<sup>270</sup> desunto dalla sentenza *MCI Communications*<sup>271</sup> sembra valido anche in ambito comunitario: il controllo dell'infrastruttura essenziale da parte del monopolista, la non duplicabilità dell'infrastruttura, il rifiuto ingiustificato di condividerla con un concorrente e la realizzabilità della condivisione sono gli elementi che debbono essere accertati dalla Commissione o dall'autorità *antitrust* nazionale per ritenere abusivo il diniego di accesso ai sensi dell'art. 82 del Trattato CE.

Occorrono, tuttavia, almeno due ordini di precisazioni, anche queste sostanzialmente comuni alla giurisprudenza nordamericana ed europea.

In primo luogo, qualora l'infrastruttura essenziale sia costituita da un brevetto o da altro diritto di proprietà intellettuale occorre un più prudente apprezzamento degli interessi contrapposti, anche perché in tali casi la realizzazione dell'infrastruttura essenziale dipende principalmente dagli investimenti dell'impresa che la detiene. Coerentemente, la giurisprudenza relativa al rifiuto di licenza di un diritto di proprietà intellettuale ha individuato

---

<sup>270</sup> V.: OECD *The essential facilities concept*, cit.; in particolare, v. contributo delle autorità statunitensi, p. 88, ove si legge testualmente:

Most essential facility cases considered by lower courts in the United States during the past decade rely on the four prong test enunciated in *MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Co.*, 708 F.2d 1081 (7th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 891 (1983), a case challenging AT&T's use of local telephone networks to thwart competition in the long distance telephone service market. There, the court held that "to establish liability under the essential facilities doctrine [a plaintiff must show]: (1) control of the essential facility by a monopolist; (2) a competitor's inability practically or reasonably to duplicate the essential facility; (3) the denial of the use of the facility to a competitor; and (4) the feasibility of providing the facility." *Id.* at 1132-33. This formula highlights many of the key issues involved in "essential facilities" claims.

<sup>271</sup> V.: *supra*, parte I, cap. I, par. n. 6.

ulteriori presupposti che debbono sussistere per ritenere abusivo tale rifiuto: in particolare, il diniego deve impedire lo sviluppo del mercato derivato in danno dei consumatori, nel senso che il concorrente che lo subisce intende commercializzare un prodotto nuovo per cui vi sarebbe una domanda potenziale, ovvero un prodotto diverso da quello offerto dall'impresa dominante per il quale esiste una domanda non soddisfatta dei consumatori<sup>272</sup>.

In secondo luogo, il diniego viene esaminato in modo oggettivo, senza che sia necessario spingersi alla valutazione, dal punto di vista soggettivo, dell'intento o dello scopo dell'impresa dominante. Ciò significa che il rifiuto di accesso deve essere obiettivamente idoneo ad escludere il concorrente medio dal mercato, essendo sufficiente la dimostrazione oggettiva degli effetti che la condotta in questione produce sul concorrente e sul mercato. Allo stesso modo, obiettive sono le cause di giustificazione di tale rifiuto, che l'impresa dominante ha l'onere di dimostrare.

L'esame della casistica svolto sopra, tuttavia, consente di individuare alcune peculiarità della dottrina comunitaria delle *essential facilities*. Tali peculiarità, a parere di chi scrive, dipendono prevalentemente dal maggior rigore che la giurisprudenza comunitaria mostra nel settore dei servizi pubblici a rete, segnatamente trasporti ed energia.

In un celebre articolo del 1994, Temple Lang<sup>273</sup>, nel ricostruire la dottrina comunitaria delle *essential facilities*, forniva cinque fondamentali spunti di riflessione, posti come altrettante questioni lasciate alla giurisprudenza: 1) l'infrastruttura essenziale è stata realizzata da una singola impresa in posizione dominante ovvero da più imprese congiuntamente? 2) l'infrastruttura ha capacità illimitata? e in caso negativo, vi è capacità inutilizzata? 3) quante imprese sono presenti sul mercato derivato, oltre a quella che controlla l'infrastruttura essenziale?; 4) la concorrenza sul mercato derivato comporta un

---

<sup>272</sup> V.: Concl. Avv. gen. Tizzano in causa *IMS Health*, cit., p. 66.

<sup>273</sup> V.: J. TEMPLE LANG, *Defining legitimate competition...*, cit.

beneficio per i consumatori, valutabile come diminuzione dei costi ovvero offerta di prodotti o servizi migliori? 5) in quali casi l'impresa dominante può legittimamente rifiutare l'accesso all'infrastruttura?

La casistica esaminata ha già dimostrato di tenere in considerazione questi elementi, soprattutto nei casi relativi ai servizi a rete.

Tra gli argomenti segnalati da Temple Lang, quelli che sembrano avere maggiore rilievo e portata innovativa sono proprio gli ultimi due. In particolare, nel caso *Microsoft* la Commissione sembra avere approfondito in modo inedito la valutazione dell'impatto della propria decisione sui consumatori<sup>274</sup>. Nel successivo *Discussion Paper* sull'applicazione dell'art. 82 CE agli abusi escludenti<sup>275</sup>, la Commissione ha proposto l'introduzione di una vera e propria causa di giustificazione del rifiuto di fornitura da parte dell'impresa dominante che dimostri che l'uso esclusivo dell'infrastruttura arreca concreti benefici ai consumatori.

La Commissione, in altre parole, accorda una “*efficiency defence*” all'impresa che dimostri non che la concorrenza sul mercato derivato non avvantaggia i consumatori, ma piuttosto che questi ultimi sarebbero addirittura avvantaggiati dal diniego di accesso all'*essential facility*.

Il valido ricorso alla c.d. “*efficiency defence*”, tuttavia, oltre ad essere obiettivamente difficile per l'impresa dominante, la quale ha l'onere della prova, appare – anche astrattamente – applicabile ad un novero assai limitato di casi.

La costante prassi decisionale della Commissione, infatti, consente di ritenere che, in presenza dei quattro presupposti dell'EFD, sopra esposti, vi sia una sorta di presunzione di beneficio dei consumatori in conseguenza dell'apertura dell'infrastruttura all'accesso da parte di concorrenti. Al riguardo,

---

<sup>274</sup> V.: *supra*, parte I, cap. II, par. n. 13, Decisione della Commissione del 24.03.2004, *Microsoft*, cit.

<sup>275</sup> V.: *supra*, parte I, cap. III, par. n. 3.

occorre rilevare come, a partire dalla decisione *Rodby*<sup>276</sup>, la Commissione abbia affermato in più occasioni che l'introduzione della concorrenza in un mercato caratterizzato dal monopolio rappresenta di per sé un beneficio per i consumatori, anche quando il prodotto o servizio offerto dal concorrente non sia diverso, e non sia dimostrata l'esistenza di una domanda insoddisfatta. La concorrenza, infatti, comporta una diminuzione del prezzo o almeno un miglioramento della qualità dei prodotti o servizi offerti ai consumatori. In questo senso, quindi, si può affermare che la Commissione, nel rispondere al quesito posto da Temple Lang, tende a presumere che la possibilità di scegliere un fornitore alternativo sul mercato rappresenti di per sé quasi una garanzia di un servizio migliore, anche quando i benefici in termini di prezzo siano esigui.

Quanto alla quinta questione sollevata da Temple Lang, ossia in quali casi possa rifiutarsi l'accesso all'infrastruttura, senza per questo commettere l'abuso di posizione dominante, pare di poter affermare che, almeno in taluni casi, l'insufficiente capacità dell'infrastruttura non sia di per sé, una valida giustificazione. Mi riferisco, in particolare, ai casi in cui l'infrastruttura essenziale è tale per ragioni fisiche o geografiche (ad esempio nel caso dei porti) ed è stata costruita con investimenti pubblici ovvero grazie a diritti esclusivi a favore dell'impresa dominante che la controlla (ad esempio nel caso dei gasdotti).

In tali ipotesi, infatti, sono ipotizzabili due tipi di rimedi.

In primo luogo, la Commissione (o l'autorità nazionale *antitrust*) potrebbe ordinare di ripartire la capacità disponibile pro-quota tra gli operatori del mercato a valle; tale tipo di rimedio, invero, non è stato applicato in modo consistente nella prassi decisionale della Commissione, mentre l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato lo ha utilizzato nel provvedimento, ENI-TTPC<sup>277</sup>, oggetto del *case study*<sup>278</sup>.

---

<sup>276</sup> V.: *supra*, parte I, cap. II, par. n. 6, decisione della Commissione *Rifiuto di accesso alle installazioni del porto di Rodby*, cit., pt. 16.

<sup>277</sup> V.: AGCM, A 358, *Eni-Trans Tunisian Pipeline*, 15174 chiusura istruttoria, cit.

In secondo luogo, l'accesso all'infrastruttura essenziale (salvi i casi concernenti diritti di proprietà intellettuale) non può essere negato neppure in caso di congestione dell'*essential facility* qualora il *new-comer* sia disposto a sopportare integralmente le spese necessarie per il potenziamento dell'infrastruttura medesima. Dimostrazione concreta di questo orientamento è data dal caso *Rodby*, in cui la Commissione ha ritenuto che l'autorità portuale danese, attiva anche nel mercato del trasporto marittimo, negasse ingiustificatamente l'accesso ad un concorrente per mancanza di capacità dell'infrastruttura, anche se il concorrente offriva di provvedere direttamente alla costruzione di un nuovo molo ovvero di pagare le spese di costruzione. L'impostazione in discorso, peraltro, è stata seguita dal legislatore comunitario nella direttiva 2003/55/CE sul mercato interno del gas naturale, che all'articolo 21 co. 2 stabilisce:

Gli Stati membri possono adottare le misure necessarie per garantire che le imprese di gas naturale che rifiutano l'accesso al sistema per mancanza di capacità o di connessione provvedano ad apportare i miglioramenti del caso, ove economicamente giustificabile o qualora un cliente potenziale sia disposto a sostenerne il costo. [...] <sup>279</sup>.

Occorre, a questo punto, chiedersi quale sia il rapporto tra le direttive settoriali e le regole generali di concorrenza, poiché possono configurarsi almeno due rilevanti casi di sovrapposizione: 1) il diniego di accesso ad una infrastruttura per cui le direttive settoriali stabiliscono l'accesso obbligatorio<sup>280</sup> ed, in particolare, le possibili giustificazioni dell'impresa dominante<sup>281</sup>; 2) la

---

<sup>278</sup> V.: *supra*, Parte II, Capitolo II.

<sup>279</sup> V. art. 21 co. 2 Dir. 2003/55/CE, cit.

<sup>280</sup> V.: per il settore elettrico, dir. 2003/54/CE, cit., art. 20; per il settore del gas naturale, dir. 2003/55/CE, cit., art. 18.

<sup>281</sup> V.: per il settore elettrico, dir. 2003/54/CE, cit., art. 20 co. 2; per il settore del gas naturale, dir. 2003/55/CE, cit., art. 21.

realizzazione di nuove infrastrutture, per cui le direttive settoriali consentano l'esenzione, almeno parziale, dall'obbligo di accesso a terzi<sup>282</sup>.

Nel primo caso, le direttive settoriali stabiliscono l'obbligo generale dell'impresa dominante di consentire l'accesso di terzi a determinate infrastrutture ritenute essenziali<sup>283</sup>, individuando contemporaneamente fattispecie particolari nelle quali il diniego di accesso deve considerarsi giustificato. Le direttive di settore, in altre parole, hanno introdotto una duplice semplificazione: esse hanno definito sia le infrastrutture essenziali per i mercati dell'energia elettrica e del gas naturale, sia le condizioni in presenza delle quali un rifiuto di consentire l'accesso a dette infrastrutture deve ritenersi lecito.

Nel secondo caso, le direttive settoriali, ed in particolare quella sul mercato interno del gas naturale, hanno individuato casi nei quali, a fronte di un investimento in potenziamento di capacità infrastrutturale (ad es. la costruzione di un nuovo gasdotto), è consentito riconoscere all'impresa titolare dell'infrastruttura la facoltà di riservarsi parte della nuova capacità di una rete energetica, per un certo periodo di tempo e sino ad una determinata percentuale massima. In sostanza, il legislatore comunitario ha inteso offrire incentivi alla realizzazione di nuove infrastrutture, permettendo alle imprese, che sopportano gli elevatissimi costi di investimento, di godere di un'esenzione dall'obbligo di consentire l'accesso a terzi, che gli Stati membri hanno la facoltà di concedere entro limiti ben precisi. A ben vedere, anche in tale ipotesi pare scorgersi una semplificazione rispetto alle regole generali di concorrenza: l'impresa interessata, anziché dimostrare che negando l'accesso dei terzi attribuisce un beneficio ai consumatori mediante l'aumento dell'energia disponibile (c.d. "*efficiency defence*"), potrà più semplicemente invocare

---

<sup>282</sup> V.: soprattutto per il settore del gas naturale, dir. 2003/55/CE, *cit.*, art. 22.

<sup>283</sup> Si tratta delle infrastrutture di trasmissione e distribuzione per il settore elettrico (art. 20 co. 1 dir. 2003/54/CE, *cit.*), e delle infrastrutture di trasporto, distribuzione e rigassificazione per il settore del gas naturale (art. 18 dir. 2003/55/CE, *cit.*).

l'applicazione delle esenzioni per nuova capacità di rete, introdotte dalle direttive comunitarie e precisate da norme nazionali<sup>284</sup>.

Orbene, parte della dottrina ricostruisce i rapporti tra regole generali di concorrenza e regole settoriali di liberalizzazione come una relazione di specialità, per cui, nei casi disciplinati dalle direttive relative al mercato interno dell'elettricità e del gas non dovrebbero applicarsi né le regole di concorrenza, né l'*essential facilities doctrine*. Secondo tale ricostruzione, la prevalenza della regolazione settoriale dipende dalla maggiore specificità delle norme, che consentono di individuare con più precisione le fattispecie di applicazione del diritto di accesso dei terzi; inoltre, riprendendo l'argomentazione svolta dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nella sentenza *Trinko*, parte della dottrina sottolinea come né la Commissione né le autorità *antitrust* nazionali dispongano delle competenze necessarie per garantire il diritto di accesso alle infrastrutture e per vigilare sull'attuazione di disposizioni tecniche estremamente complesse<sup>285</sup>.

Tale impostazione, tuttavia, sembra risentire eccessivamente della pronuncia *Trinko*, rimasta invero isolata e molto contestata dalla dottrina nordamericana; essa, peraltro, non tiene conto della costante prassi decisionale della Commissione e delle autorità *antitrust* nazionali, mai smentita dalla Corte di giustizia.

La tesi più corretta, al contrario, sembra desumersi dalla casistica della Commissione, che propende per il cumulo di applicazione delle regole di concorrenza e di quelle settoriali. In tal senso, nel caso *Marathon*<sup>286</sup> del 2003, a conclusione di una delle istruttorie della Commissione, concernente il rifiuto di

---

<sup>284</sup> Per il caso italia, v. ad esempio, la deroga introdotta dall'art. 26 del d. lgs. 164/2000.

<sup>285</sup> In tal senso, v.: D. GERADIN, *Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What can the EU learn from the U.S. Supreme Court's Judgement in Trinko in the wake of Microsoft, IMS, and Deutsche Telekom?*, cit.; v. altresì C. GRAHAM, *Essential facilities...*, cit.

<sup>286</sup> V.: Commission press releases IP-01-1641; IP-03-547; IP-03-1129; IP-04-573, scaricabili dal sito internet [http://www.europa.eu/index\\_it.htm](http://www.europa.eu/index_it.htm).

accesso ad una rete internazionale di gasdotti da parte di cinque imprese del settore, il commissario europeo Monti dichiarava:

This second breakthrough in the Marathon case shows how competition policy can contribute effectively to ensure a fair and non-discriminatory access to national gas pipelines. [...]. Access to gas pipelines is key to the introduction of competition in the European gas markets to the benefit of industry users and, ultimately, the consumer<sup>287</sup>.

Tale impostazione è anche ribadita, da ultimo, nel gennaio 2007, nella relazione finale con cui la Commissione ha concluso l'indagine conoscitiva nei settori del gas e dell'elettricità<sup>288</sup>.

Appare lecito, allora, concludere che i piani di applicazione delle regole di concorrenza, e con esse dell'*essential facilities doctrine*, e delle norme settoriali restano distinti, ma non alternativi. Si è dimostrato, peraltro, come tale conclusione sia chiaramente avvalorata dalla prassi decisionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che ha affermato la prevalenza delle regole di concorrenza non solo nel provvedimento esaminato come *case-study*, ma anche in un consistente numero di altri provvedimenti.

Ciò significa che, da un lato, non si può escludere l'applicazione delle regole di concorrenza a favore delle norme settoriali; dall'altro, le prime, cristallizzate nel Trattato, rimangono gerarchicamente sovraordinate rispetto alle seconde, per cui, in caso di conflitto formale sono destinate a prevalere. Ne consegue che l'applicazione della dottrina delle infrastrutture essenziali è

---

<sup>287</sup> V.: comunicato stampa n. IP-03-547 del 16.04.2003, scaricabile dal sito internet [http://www.europa.eu/index\\_it.htm](http://www.europa.eu/index_it.htm).

<sup>288</sup> V.: Comunicazione della Commissione del 10.01.2007 COM(2006) 851, Indagine a norma dell'articolo 17 del regolamento (CE) n. 1/2003 nei settori europei del gas e dell'elettricità (Relazione finale). Per i primi commenti, v.: P. LOWE-I. PUCINSKAITE-W. WEBSTER-P. LINDBERG, *Effective unbundling of energy transmission networks: lessons from the Energy Sector Inquiry*, in *Competition Policy Newsletter*, 2007, 1, pp. 23 ss.; I. OSBORNE-A. VAN HAASTEREN, *European Energy Sector – Quo vadis? First Results of the Sector Inquiry*, in *Competition Policy Newsletter*, 2006, 1, pp. 12 ss.

sempre possibile, anche quando un'autorità di regolazione ovvero un'altra autorità nazionale (ad esempio un'autorità ministeriale) abbia applicato le norme settoriali.

L'applicazione di regole settoriali non esclude né limita i poteri *antitrust* della Commissione e delle autorità nazionali, le quali potranno senz'altro scrutinare il comportamento delle imprese coinvolte ai sensi dell'art. 82 CE e dell'*essential facilities doctrine*.

Qualora, attraverso atti di regolazione settoriale, come ad esempio l'esenzione di accesso a nuove infrastrutture, si pregiudichi la concorrenza, l'*essential facilities doctrine* offre uno schema utile per comprendere se il diniego (così come l'atto di regolazione) contrasti con le regole *antitrust*. Appare, in tal senso, condivisibile l'affermazione svolta da recente dottrina<sup>289</sup> per cui, in caso di contrasto, lo strumento a disposizione delle autorità nazionali *antitrust* resta quello della c.d. disapplicazione: dovranno pertanto essere applicate le regole di concorrenza, e non le norme e gli atti di regolazione settoriale.

---

<sup>289</sup> In tal senso v.: F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2006, 3, pp. 453-488.

## Bibliografia

- AA. VV. (ROGGENKAMP M.M. E A.), *Energy Law in Europe*, Oxford, 2001, pp. CXXVI-1097.
- AGUILAR A.B., *Eco-Taxes in Spain*, in *European Environmental Law Review*, 2000, pp. 114-119.
- ALBERS M.-CABAU E.-HANCHER L.-JONES C.-LANDES V.-VAN DER WOUDE M., (editors), *EU Energy Law Volume II – EU Competition Law and Energy Markets*, Leuven, 2005, pp. 3167 ss.
- ALBERS M., *Competition Law Issues Arising From the Liberalisation Process*, in GERADIN D. (editor), *The Liberalisation of Electricity and Natural Gas in the European Union*, L’Aja, 2001, pp. 3 ss.
- AMATO G., *Citizenship and Public Services – some general reflections*, in FREEDLAND M.-SCIARRA S. (editors), *Public Services and citizenship in European Law – Public and Labour Perspectives*, Oxford, 1998, pp. 145 ss.
- ANDERSON D.W.K.-DEMETRIOU M., *References to the European Court*, London, 2002, pp. CV-480.
- AREEDA P.-HOVENKAMP H., *Fundamentals of Antitrust Law*, New York, 2003.
- AREEDA P., *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, in *Antitrust Law Journal*, 1989, vol. 58, pp. 841 ss.
- BAKER R. (editor), *Environmental Law and Policy in the European Union and the United States*, Westport, 1997, pp. VII-268.
- BANASEVIC N.-BARBERÀ DEL ROSAL A.-HERMES C.-KRAMLER T.-TAYLOR I.-VERZELEN F., *Commission imposes a penalty pursuant to Article 24(2) of Regulation 1/2003 on Microsoft*, in *Competition Policy Newsletter*, 2006, 3, pp. 27 ss.
- BARNARD C., *The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms*, Oxford, 2004, pp. XCII-549.
- BASTIANON S., *L’abuso di posizione dominante*, Milano, 2001, pp. 60 ss.
- BIAVATI P., *Diritto Processuale dell’Unione Europea*, Giuffrè, Milano, III ed. 2005, pp. XXXVI-485.
- BOTHWAY F. N., *Contemporary energy regime in Europe*, in *European Law Review*, 2001 (26), pp. 3 ss.

- BROWN L.N.-KENNEDY T., *The Court of Justice of The European Communities*, London, 2000, pp. XC-470.
- BRUTI LIBERATI E., *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006, pp. VII-232.
- CAIAZZO R., *Obblighi di servizio pubblico nei settori dell'elettricità e del gas in Italia*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 2004, 1, pp. 1 ss.
- CAMBINI C.-IOZZI A.-VALBONESI P., *Quali tariffe nel settore del gas naturale?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2004, 1, pp. 157 ss.
- CAMERON P. (editor), *Legal Aspects of EU Energy Regulation: Implementing the New Directives on Electricity and Gas Across Europe*, Oxford, 2005, pp. LII-578.
- CAMERON P., *Competition in Energy Markets: Law and Regulation in the European Union*, Oxford, 2002, pp. LVIII-478.
- CAMMELLI F., *La prima applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza da parte dell'Autorità garante: il provvedimento Unapace/Enel*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2000, 2, pp. 379 ss.
- CAPANTINI M., *Il servizio universale e le sue modalità di finanziamento. La soluzione dei fondi di compensazione*, 2003, 1, pp. 99 ss.
- CAPELLI F., *L'efficacia delle direttive: due modeste proposte per risolvere un problema antico*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 2004, 4, pp. 755 ss.
- CAPELLI F., *Tutela ambientale e libertà di circolazione delle merci: due principi a confronto*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 2003, 3, pp. 617 ss.
- CAPOTORTI F., *Il diritto comunitario dal punto di vista del giudice nazionale*, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1977, p. 497 ss.
- CAPOTORTI F., *Sulla interpretazione uniforme dei Trattati europei*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1960, p. 3 ss.
- CAPUTI G., *Servizi pubblici e monopoli nella giurisprudenza comunitaria*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. XI-192.
- CAPUTI G., *Servizi pubblici ed aiuti di Stato nella giurisprudenza comunitaria. Ad ogni onere corrisponde una contropartita considerevole?*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2004, 3-4, pp. 823 ss.
- CARBONE S.M., *Brevi note in tema di privatizzazioni e diritto comunitario*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1999, pp. 231 ss.

- CARTA M., *La liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale nell'Unione: il mercato interno dell'energia elettrica*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2003, 4, pp. 771 ss.
- CASSESE S., *La costituzione economica europea*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2001, 6, pp. 907 ss.
- CINTIOLI F., *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2006, 3, pp. 453-488.
- CIRENEI M.T., *Liberalizzazioni, servizi di interesse economico generale, e sussidi incrociati: la direttiva della Commissione 2000/52/CE e il nuovo ambito della "disciplina trasparenza"*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2001, 2, pp. 281 ss.
- CLARICH M., *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto Pubblico*, 1998, 1, pp. 181 ss.
- COLAVECCHIO A., *Aiuti di Stato, ostacoli al commercio tra Stati membri ed esigenze di tutela dell'ambiente nella giurisprudenza comunitaria. A proposito della sentenza della Corte di giustizia nel caso "Preussenelektra"*, in *Consiglio di Stato*, 2003, II, 3, pp. 631 ss.
- COLAVECCHIO A., *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario*, Bari, 2000, pp. XI-162.
- CONDINANZI M.-LANG A.-NASCIMBENE B., *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, II ed. 2006, pp. XVII-322.
- DANIELE L., *Il diritto materiale della Comunità Europea*, Milano, III ed. 2000, pp. XVIII-346.
- DE BÛRCA G.-WEILER J.H.H. (editors), *The European Court of Justice*, Oxford, 2001, pp. XXIII-233.
- DE PAOLI L., *Blackout, sviluppo delle reti e liberalizzazione del settore elettrico*, in *Mercato concorrenza regole*, 2004, 1, pp. 103 ss.
- DE RIVERY E.M.-GUERARD V., *Case COMP/M.3410 Total/Gaz de France. Merger Control as a Tool to Greater Liberalisation in the Gas Sector*, in *European Competition Law Review*, 2005, 11, vol. 26, pp. 624 ss.
- DI GASPARE G., *Il mercato comunitario dell'energia elettrica e la concessione di distribuzione dopo il D.Lgs. 79/99*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2001, 1, pp. 29 ss.
- DI PACE M., *Manuale di diritto comunitario dell'economia*, Milano, 2000, pp. 483 ss.
- DI PORTO F., *Regolazioni di "prima" e "seconda" generazione. La liberalizzazione del mercato elettrico italiano*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, 2, pp. 201 ss.

- EMMERECHTS S.-GOOSSENS A., *Case C-379/98, PreussenElektra AG v. Schleswag AG, Judgment of the Full Court of 13 March 2001*, in *Common Market Law Review*, 2001, pp. 991-1010.
- ESTEVA MOSSO C.-RYAN S., *Article 82 – Abuse of a dominant position*, in FAULL J., NIKPAY A. (editors), *European Competition Law*, Oxford, 1999, pp. 117 ss.
- FIGURE V., *L'abuso di posizione dominante*, in *Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, a cura di Cendon P., *La Concorrenza*, Torino, 2005, vol. I, pp. 39 ss.
- FREELAND M., *Law, Public Services, and Citizenship – New Domains, New Regimes?*, in FREEDLAND M.-SCIARRA S. (editors), *Public Services and citizenship in European Law – Public and Labour Perspectives*, Oxford, 1998, pp. 99 ss.
- FRIGNANI A., *L'abuso di posizione dominante*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, dir. da AJANI G. E BENACCHIO G.A., vol. VII, *La concorrenza* a cura di FRIGNANI A.-PARDOLESI R., Torino, 2006, pp. 177 ss.
- GAJA G., *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, 2005 (VI ed.), pp. VI-194.
- GERADIN D., *Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What can the EU learn from the U.S. Supreme Court's Judgment in Trinko in the wake of Microsoft, IMS, and Deutsche Telekom?*, in *Common Market Law Review*, Dec. 2005, pp. 1519 ss.
- GRAHAM C., *Essential facilities and services of general interest*, in *Diritto e Politiche Europee*, 2007, 1, pp. 22 ss.
- GRAVENGAARD M.A., *The meeting competition defence principle – a defence for price discrimination and predatory pricing?*, in *European Competition Law Review*, 2006, pp. 658 ss.
- GRIMEAUD D., *The Integration of Environmental Concerns into EC Policies: A Genuine Policy Development?*, in *European Environmental Law Review*, 2000, pp. 207-218.
- HAGELSTAM J., *Ecotaxes in Finland*, in *European Environmental Law Review*, 2001, pp. 80-86.
- HANCHER L., *Almelo; Ruling of the Gerechtshof, Arnhem, 22 October 1996*, in *Common Market Law Review*, 1997, pp. 1509-1521.
- HAUSMAN J.A.-SIDAK J.G., *A Consumer-Welfare Approach to the Mandatory Unbundling of Telecommunications Networks*, in *Yale Law Journal*, December 1999, Vol. 109, No. 3, pp. 417-505.

- HEINEN A., *The Interface Between Electricity Liberalisation and Environmental Protection: the German Example*, in GERADIN D. (editor), *The Liberalisation of Electricity and Natural Gas in the European Union*, L'Aja, 2001, pp. 81 ss.
- KALLAUGHER J.-WEITBRECHT A., *Developments under Articles 81 and 82 – The Year 2004 in Review*, in *European Competition Law Review*, 2005, 3, vol. 26, pp. 188 ss.
- KALLAUGHER J.-WEITBRECHT A., *Developments under Articles 81 and 82 – The Year 2005 in Review*, in *European Competition Law Review*, 2006, 3, vol. 27, pp. 137 ss.
- KROES N., *Towards an efficient and integrated European energy market – first findings and next steps*, European Commission Conference *Energy Sector Inquiry - Public Presentation of the Preliminary Findings*, Bruxelles 16.02.2006.
- LEPORELLI C.-REVERBERI P., *Praticabilità dell'unbundling: aspetti regolamentari e di tutela della concorrenza*, in *Mercato concorrenza regole*, 2004, 1, pp. 127 ss.
- LEVEQUE F., *Innovation, leveraging and essential facilities: Interoperability licensing in the EU Microsoft case*, in *World Competition*, 2005, 1, pp. 71 ss.
- LEVI A., *Rifiuto di fornire, licenza obbligatoria, dottrina dell'essential facility e monopoly leveraging nel diritto antitrust (nota a sent. Corte giust. 6 aprile 1995 n. 241, Radio Telefis Eireann e altro c. Commissione)*, in *Rivista Diritto Industriale*, 1996, II, pp. 189 ss.
- LOWE P.-PUCINSKAITE I.-WEBSTER W.-LINDBERG P., *Effective unbundling of energy transmission networks: lessons from the Energy Sector Inquiry*, in *Competition Policy Newsletter*, 2007, 1, pp. 23 ss.
- MALINCONICO C., *Il nuovo assetto della regolazione: il riparto delle competenze ed i rapporti tra la Commissione UE, l'Autorità per l'energia e il Governo*, in *Atti del Convegno Paradigma in Milano del 25 novembre 2004*, inedito.
- MANZINI P., *Note sulle "relazioni pericolose" tra Stato e imprese nel quadro del diritto comunitario*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2002, 3, pp. 487 ss.
- MARESCA M., *L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli Users' Rights*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2005, 3, pp. 441.
- MARESCA M., *La regolazione dei porti tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 2001, pp. VIII-124.
- MARESCA M., *Le "tasse di effetto equivalente"*, Padova, 1984, pp. XII-218.
- MASTROIANNI R., *Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo*, Torino, 2004, pp. IX-160.

- MCGOWAN F., *Reconciling EU Energy and Environment Policy*, in JASINSKI P.-PFAFFENBERGER W. (editors), *Energy and Environment: Multiregulation in Europe*, Aldershot, 2000, pp. 1 ss.
- MENGOZZI P. (a cura di), *Casi e materiali di Diritto Comunitario*, Padova, I ed. 1994, pp. XVIII-820.
- MENGOZZI P., *Istituzioni di Diritto Comunitario e dell'Unione Europea*, Padova, 2003, pp. XVII-430.
- MOAVERO MILANESI E., *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Napoli, 2004, pp. XVI-305.
- MOAVERO MILANESI E., *Les services d'interet économique général, les entreprises publiques et les privatisations*, in *Revue de droit de l'Union européenne*, 2000, pp. 117 ss.
- MØLLGARD P.-KASTBERG NIELSEN C., *The Competition Law and Economics of Electricity Market Regulation*, in *European Competition Law Review*, 2004, 1, pp. 37 ss.
- MONTINI M., "Commercio e ambiente": bilanciamento tra tutela ambientale e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 2002, 3, pp. 429 ss.
- MUNARI F., *La disciplina dei c.d. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati Membri e interesse generale*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2002, 1, pp. 39 ss.
- OSBORNE I.-VAN HAASTEREN A., *European Energy Sector – Quo vadis? First Results of the Sector Inquiry*, in *Competition Policy Newsletter*, 2006, 1, pp. 12 ss.
- OSTI C., *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004, pp. VIII-124.
- PACE L.F., *Diritto europeo della concorrenza, Divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, Padova, 2007, pp. VII-441.
- PAPPALARDO A., *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2007, pp. XVIII-929.
- PARDOLESI R.-GRANIERI M., *Licenza obbligatoria ed essential facilities nell'antitrust comunitario (nota a Corte giust. CE 29 aprile 2004, n. C-418/01, IMS Health GmbH & Co. c. NDC Health GmbH & Co. KG)*, in *Rivista Diritto Industriale*, 2004, pp. 323 ss.
- PARK P.D., *Energy Law and the Environment*, New York, 2002, pp. XI-267.
- PEEPERKORN L., *Commission publishes discussion paper on abuse of dominance*, in *Competition Policy Newsletter*, 2006, 1, pp. 4 ss.

- PERA A., *Concorrenza e antitrust*, Bologna, III ed. 2005, pp. 5-134.
- PERFETTI L., *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla Comunicazione della Commissione Europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2001, 3-4, pp. 479 ss.
- PESCATORE, P., *Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del trattato CEE e la cooperazione tra la Corte ed i giudici nazionali*, Lussemburgo, 1986.
- PETRETTO A., *The Liberalization and privatization of Public Utilities and the protection of Users' Rights*, in FREEDLAND M.-SCIARRA S. (editors), *Public Services and citizenship in European Law – Public and Labour Perspectives*, Oxford, 1998, pp. 99 ss.
- PICARD E., *Citizenship, Fundamental Rights, and Public Services*, in FREEDLAND M.-SCIARRA S. (editors), *Public Services and citizenship in European Law – Public and Labour Perspectives*, Oxford, 1998, pp. 83 ss.
- PIRON F., *Access to the re-gasification terminal of Panigaglia*, in HAMMER U.-ROGGENKAMP M. (editors), *European Energy Law Report III*, Antwerpen, 2006, pp. 187 ss.
- PITOFKY R.-PATTERSON D.-HOOKS J., *The essential facilities doctrine under U.S. Antitrust Law*, 2004, 1, pp. 157 ss.
- POCAR F., *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, Milano, IX ed. 2004, pp. XXVI-363.
- POLITI M., *Energia nel diritto comunitario*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, IV, 1991, pp. 1 ss.
- PORCHIA O., *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2002, 4, pp. 633 ss.
- PROSPERETTI L.-SIRAGUSA M.-BERETTA M.-MERINI M., *Economia e diritto antitrust*, Roma, 2006, 1, pp. 240 ss.
- PROSSER T., *The Limits of Competition Law, Markets and Public Services*, Oxford, 2005, pp. XXVI-262.
- RADICATI DI BROZOLO L.G., *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1998, 2-3, pp. 527 ss.
- RAFFAELLI A.-BELLIS J.F., *Diritto comunitario della concorrenza*, Milano, 2002.
- RANCI P., *L'energia elettrica e il gas*, Tesauro G. – D'Alberti M. (curatori) *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, pp. 129 ss.
- ROGGENKAMP M.-BOISSELEAU F., *The liberalisation of the EU electricity market and the role of power exchanges*, in ROGGENKAMP M.-BOISSELEAU F.

- (editors), *The regulation of power exchanges in Europe*, Anversa-Oxford, 2005, pp. 1 ss.
- ROGGENKAMP M.-RONNE A.-REDGWELL C.-DEL GUAYO I., (editors), *Energy Law in Europe*, Oxford, 2001, pp. CXVII-1097 ss.
- ROSS M., *State aids and national courts: definitions and other problems – a case of premature emancipation?*, in *Common Market Law Review*, 2000 (37), pp. 401 ss.
- RUBINI L., *Brevi note a margine del caso Preussenelektra, ovvero come “prendere seriamente” le norme sugli aiuti di Stato e la tutela dell’ambiente nel Diritto Comunitario*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 2001, 3, pp. 473 ss.
- SAGA B., *Introduction of Competition in Gas Markets: Effects on Contract Structures and Security of Supply*, in HANCHER L. (editor), *The European Energy Market: reconciling Competition and Security of Supply*, Colonia, 1995, pp. 85 ss.
- SALERNO F.M., *Brevi note sul decreto D’Alema nel quadro dell’attuazione delle norme comunitarie sulla liberalizzazione del settore elettrico in Italia*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2001, 2, pp. 485 ss.
- SIRAGUSA M.-BERETTA M., *La dottrina delle essential facilities del diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, in *Contratto e impresa / Europa*, 1999, 1, pp. 260 ss.
- SLOT P.J., *Cases C-157/94, Commission v. Netherlands; C-158/94, Commission v. Italy; C-159/94, Commission v. France; C-160/94, Commission v. Spain; C-189/95, Harry Franzen; judgments of 23 October 1997, Full Court, [1997] ECR I-5699, I-5789, I-5815, I-5851, I-5909*, in *Common Market Law Review*, 1998, pp. 1183-1203.
- SLOT P.J., *The Impact of Liberalisation on Long-Term Energy Contracts*, in GERADIN D. (editor), *The Liberalisation of Electricity and Natural Gas in the European Union*, L’Aja, 2001, pp. 19 ss.
- SNELL J., *Goods and Services in EC Law – A Study of the Relationship Between the Freedoms*, Oxford, 2002, pp. XLIV-248.
- SORACE D., *Il servizio d’interesse economico generale dell’energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, in *Diritto Pubblico*, 2004, 3, pp. 1009 ss.
- SOTTILI V., *Il mercato dell’energia elettrica nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto dell’Unione Europea*, 1998, 4, pp. 927 ss.

- SPAGNUOLO C., *Il processo comunitario di liberalizzazione del mercato elettrico*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 2002, 2, pp. 329 ss.
- STEHMANN O., *Applying “Essential Facility” Reasoning to Passenger Rail Services in the EU – the Commission Decision in the Case GVG*, in *European Competition Law Review*, 2004, 7, vol. 25, pp. 390 ss.
- TEMPLE LANG J., *Defining legitimate competition: companies’ duties to supply competitors, ad access to essential facilities*, in *Fordham International Law Journal*, 1994, vol. 18, pp. 245 ss.
- TESAURO G.-D’ALBERTI A. (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, pp. 5-248.
- TESAURO G., *Diritto Comunitario*, Padova, III ed. 2003, pp. XXI-865.
- TESAURO G., *Intervento pubblico nell’economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in *Diritto dell’Unione Europea*, 1996, 3, pp. 719 ss.
- TURNERY J., *Defining the Limits of the Eu Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation*, in *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 2005, pp. 179 ss.
- VAN BAEL I.-BELLIS J.F., *Competition Law of the European Community*, L’Aja, 2005, pp. 980 ss. e 1368 ss.
- VAN DER WOUDE M.-JONES C., (editors), *EC Competition Law Handbook 2006/2007 edition*, London, 2006, pp. 175 ss.
- VETRÒ F., *La regolazione pubblica del mercato elettrico. Sull’ordine giuridico del mercato libero dell’energia elettrica*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2003, 3-4, pp. 811 ss.
- VETRÒ F., *The role of the organised electricity market in Italy*, in ROGGENKAMP M.-BOISSELEAU F. (editors), *The regulation of power exchanges in Europe*, Anversa-Oxford, 2005, pp. 271 ss.
- WÄLDE T.-GUNST A., *International Energy Trade and Access to Networks: the Case of Electricity*, in BIELECKI J.-GEBOYE DESTA M. (editors), *Electricity Trade in Europe. Review of the Economic and Regulatory Challenges*, L’Aja, 2004, pp. 191 ss.
- WALLER S.W.-FRISCHMANN B.M., *The essential nature of infrastructure or the infrastructural nature of essential facilities*, Chicago, 2007, fornito da Social Science Research Network, New York, <http://papers.ssrn.com>.
- WASMEIER M., *The Integration of Environmental Protection as a General Rule for Interpreting Community Law*, in *Common Market Law Review*, 2001, pp. 159-177.