

Foreclosure della rete per effetto di sub-investimento strategico

Gianluca Faella – Roberto Pardolesi

1. Introduzione

Il tema del sub-investimento strategico si ricollega al tormentato dibattito sulle condotte unilaterali escludenti, che sono declinate, di là dall'Atlantico, in termini di monopolizzazione o tentativo di monopolizzazione e, in Europa, come abuso di posizione dominante, ma che complessivamente si segnalano come area disciplinare a concettualizzazione debole, non perché non si sia prodotto, in questo campo, uno sforzo ricostruttivo importante, ma in quanto le pur elaborate riflessioni compiute, ivi compresi gli Orientamenti sulle condotte unilaterali escludenti adottati dalla Commissione nel 2009¹, non hanno portato a un'elaborazione ricostruttiva davvero fondante.

Nella valutazione di altre pratiche, come i cartelli, è dato confidare su un quadro consolidato, che ci consente di svolgere una serie di valutazioni, operare scelte e, in particolare, tracciare con ragionevole affidamento la linea discrezionale tra l'approccio *per se* e la *rule of reason*. Per contro, quando ci confrontiamo con le condotte unilaterali escludenti, procediamo ancora a tentoni.

Le riprove sono le più diverse: basti pensare, ad esempio, al fatto che, negli Stati Uniti, la Section 2 dello Sherman Act è sostanzialmente recessiva, di utilizzazione particolarmente limitata, mentre in Europa il divieto di abuso di posizione dominante svolge un ruolo di primo piano nell'*enforcement* antimonopolistico; o, ancora, alla circostanza che, nel sistema nordamericano non s'ipotizza neppure che il tipico comportamento del monopolista – ossia, la richiesta di prezzi giugulatori – possa essere sanzionabile, laddove nel diritto UE una simile condotta è prevista come prima fattispecie tipizzata dall'art. 102 TFUE. Sul punto, quindi, registriamo un distacco assoluto tra il sistema antitrust statunitense e quello europeo.

Ulteriore riprova della criticità di tale versante dell'elaborazione antimonopolistica è fornita dall'analisi di alcuni dei principali casi di condotte unilaterali escludenti, che hanno riempito i nostri libri e le nostre discussioni, ma sono tuttora segnati da un notevole contrasto di opinioni. Il caso *Microsoft* ha attirato l'attenzione degli studiosi del diritto antitrust per anni, ma ancora oggi vi è una forte discordanza di vedute sulle ragioni per cui il colosso di Redmond avrebbe dovuto cedere i propri diritti di proprietà intellettuale sulle *application programming interfaces* (APIs), che rappresentavano la chiave d'ingresso alla *blue bubble*, il grande vantaggio del sistema operativo dell'impresa (che si assumeva dovesse diventare) egemone (anche nel mercato dei sistemi operativi per *server*). Se poi si considera, più di recente, il caso *Google*, che è stato chiuso dalla FTC il 13 gennaio 2013 senza contestazione di un'infrazione, ma continua a essere perveramente perseguito in Europa dal Commissario Almunia, acquista consistenza l'impressione di una confusione ampia quanto basta per far apparire plausibile l'impiego delle

¹ *Orientamenti sulle priorità nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE agli abusi escludenti*, in G.U.U.E. n. C 45/07 del 24 febbraio 2009 (Orientamenti).

norme in tema di abuso di posizione dominante per gestire una tematica, quale quella della neutralizzazione delle capacità valutative di un motore di ricerca, che sembra realisticamente andare oltre il raggio d'azione della disciplina antimonopolistica.

Dunque, ci troviamo alle prese con un'area disciplinare a concettualizzazione debole, all'interno della quale una posizione particolarmente critica compete al tema del rifiuto di contrarre, soprattutto nella sua articolazione della dottrina dell'infrastruttura essenziale (*essential facility doctrine*), che si traduce nell'ossimoro concettuale secondo cui il soggetto dominante ha l'obbligo di assistere i rivali: concetto sicuramente solidaristico, ma difficile da declinare nella realtà commerciale di un sistema di libero mercato.

Se la dottrina dell'*essential facility* è già di per sé opinabile, la gemmazione ancor più controversa di questa impostazione è l'abuso da sub-investimento strategico, consistente nella decisione di non investire nello sviluppo di un'infrastruttura, nonostante la possibilità di aumentare i profitti nella fornitura di servizi d'accesso, per proteggere la propria posizione in un mercato a valle.

2. La progressiva estensione della dottrina dell'infrastruttura essenziale

Negli Stati Uniti, la dottrina dell'*essential facility* è stata, di fatto, fortemente compressa dal celebre articolo pubblicato alcune decadi fa da Phillip Areeda², che ha contribuito alla sua ghetizzazione col definirla un epiteto in cerca di principi limitanti. Le sorti della dottrina in questione sono poi definitivamente precipitate con la sentenza resa dalla Corte Suprema nel caso *Trinko*, che afferma di non occuparsene, ma in realtà l'affossa³.

Se però si accetta l'idea che il monopolista possa essere obbligato a contrarre con i rivali in circostanze particolari, si rende necessario operare un delicato contemperamento fra la libertà d'impresa nella sua formulazione negativa, ossia libertà di non contrattare, e la tutela della concorrenza che si assume vulnerata dalla mancata fornitura di un *input* essenziale per operare in un mercato a valle. Si tratta, com'è ovvio, di un contemperamento particolarmente complesso e delicato.

La formulazione europea della dottrina dell'infrastruttura essenziale risale agli anni settanta del secolo scorso come prima impostazione, ma arriva a maturazione con la sentenza *Bronner*⁴. Quest'ultima ha definito talune precondizioni restrittive, che miravano a scongiurare il timore che l'imposizione di un obbligo di condivisione degli *asset* aziendali portasse con sé un pesante fardello sotto forma di disincentivo all'investimento, propiziasse comportamenti strategici di *free riding* da parte dei rivali e aprisse il varco per una neppure celata regolazione minuziosa dei prezzi di accesso. Per ridurre tali rischi, la Corte ha richiesto che: (i) l'infrastruttura in

² P. Areeda, *Essential Facilities: An Epithet In Need of Limiting Principles*, in 58 *Antitrust Law Journal* 841 (1990).

³ *Verizon Communications Inc., Petitioner v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP.*, 540 U.S. 398 (2004). Nella specie, la Corte Suprema ha ammonito che “*compelling ... firms to share the source of their advantage is in some tension with the underlying purpose of antitrust law*”, aggiungendo che “*no court should impose a duty to deal that it cannot explain or adequately and reasonably supervise*”.

⁴ Corte giust., 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner GmbH/Mediaprint Zeitungs*, Racc., 1998, I-7791.

questione fosse realmente indispensabile (ossia non duplicabile, quanto meno in senso economico); (ii) il diniego di accesso comportasse l'eliminazione della concorrenza; e (iii) non vi fosse alcuna giustificazione oggettiva.

Nella *communis opinio*, riflessa nell'orientamento tradizionale della Commissione⁵, la giustificazione oggettiva era normalmente integrata dalla carenza di capacità. Il corollario di quest'impostazione era il riconoscimento dell'inesistenza di un obbligo d'investire nella creazione di nuova capacità per concedere l'accesso ai rivali⁶.

In talune occasioni, l'efficacia scriminante della carenza di capacità è stata negata perché l'impresa dominante aveva la possibilità di ovviare alla situazione di congestione con interventi non eccessivamente dispendiosi, ossia con una miglior gestione dell'infrastruttura che aprisse il ventaglio delle possibilità di accesso per i rivali, oppure perché i concorrenti interessati all'uso della risorsa erano pronti a sostenere i costi dell'aumento di capacità. In tali casi, la Commissione ha ritenuto che l'inefficiente utilizzo della capacità esistente desse origine a una congestione artificiale, inidonea a giustificare il diniego di accesso⁷.

In siffatta linea di casi, comunque limitata, è possibile rinvenire i semi dell'evoluzione che avrebbe condotto, a distanza di anni, all'introduzione della controversa figura del sub-investimento strategico. L'intervento della Commissione poggiava sull'idea che l'*incumbent* fosse corroso da un conflitto di interessi che lo colpiva in quanto operatore verticalmente integrato, inevitabilmente tentato dall'idea d'ostacolare l'accesso all'infrastruttura per evitare di soffrire un'incisiva concorrenza nel mercato a valle.

Il punto di contatto più evidente con la successiva evoluzione della prassi decisionale è rinvenibile nella decisione *Frankfurt Airport*⁸, nella quale la Commissione ha osservato che l'impresa egemone avrebbe potuto superare i problemi di congestione investendo nello sviluppo dell'infrastruttura. Tuttavia, siffatto intervento costituiva soltanto una delle alternative a disposizione dell'impresa dominante per concedere ai concorrenti l'accesso all'infrastruttura, che avrebbe comunque potuto essere garantito mediante misure organizzative non eccessivamente onerose⁹. La Commissione non si è spinta sino a imporre un obbligo

⁵ Cfr. *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, § 234, disponibile sul sito Internet <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> ("access may be denied if the facility is capacity constrained"), *Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector, - framework, relevant markets and principles*, G.U., 1998, C 265/02, § 91(b) (secondo cui l'esistenza di una sufficiente capacità disponibile è uno degli elementi di cui occorre tener conto per determinare se occorra imporre un obbligo di concedere l'accesso ai sensi delle norme antitrust); in dottrina, cfr., *ex multis*, R O'Donoghue-A.J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford, 2006, 450; B. Doherty, *Just what are essential facilities?*, in *Common Market Law Review*, 2001, 397.

⁶ Cfr. Commissione europea, *Defining what is legitimate competition in the context of companies' duties to supply competitors and to grant access to essential facilities*, in OECD Policy Roundtables, *The Essential Facilities Concept*, 1996, 99 ("The owner of the essential facility cannot be obliged to invest in new capacity to provide facilities for more competitors").

⁷ Cfr. decisioni del 21 dicembre 1993, *Port of Rødby*, G.U., 1994, L 55/52; 21 dicembre 1993, caso IV/34.689, *Sea Containers/Stena Sealink – interim measures*, G.U., 1994, L 15/8; 14 gennaio 1998, caso IV/34.801, *FAG, Flughafen Frankfurt/Main AG*, G.U., 1998, L 72/30.

⁸ Decisione del 14 gennaio 1998, *FAG, Flughafen Frankfurt/Main AG*, cit.

⁹ *Id.*, §§ 86-87.

antitrust di sostenere investimenti ingenti e rischiosi per creare condizioni più favorevoli all'entrata e allo sviluppo degli antagonisti.

Dunque, a tenore dell'orientamento tradizionale, la saturazione dell'infrastruttura integrava, in linea di principio, una giustificazione obiettiva, a meno che fosse possibile un intervento indolore o, comunque, non eccessivamente dispendioso, che consentisse di rispondere alle richieste di accesso dei rivali senza farsi carico di ingenti investimenti.

Negli ultimi anni, la storia è cambiata. È cambiata anzitutto a livello generale, come traiettoria della dottrina dell'infrastruttura essenziale, che col tempo si è espansa e ha assunto contorni sfumati: tanto da essere ribattezzata da alcuni, in termini particolarmente incisivi, dottrina dell'infrastruttura “conveniente”¹⁰, per evidenziare come gli stringenti requisiti fissati dalla Corte di giustizia in *Bronner* siano stati progressivamente allentati, rendendo possibile l'intervento antitrust in circostanze che vanno ben oltre gli scenari presumibilmente ipotizzati dai giudici di Lussemburgo alcuni anni orsono.

La storia è cambiata, altresì, a seguito dell'estensione della dottrina dell'infrastruttura essenziale all'ancor più controversa figura del sub-investimento strategico. Alcuni interventi della Commissione, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dei giudici amministrativi nazionali, che si sono succeduti tra il 2006 e il 2010, hanno tenuto a battesimo il tema del dovere d'investire nello sviluppo di infrastrutture, mettendo in discussione la libertà delle imprese egemoni di decidere se, in che misura e a quali condizioni effettuare investimenti per potenziare *asset* necessari per operare in un mercato a valle¹¹.

L'idea sottostante a tale linea d'intervento è che, in determinati casi, l'*incumbent* possa essere obbligato a investire non soltanto per i suoi fini, ma anche per permettere l'ingresso e la crescita dei rivali. In una simile incursione nella sfera della libertà commerciale dell'impresa egemone è ravvisabile un sospetto, una sorta di lettera scarlatta, consistente nel timore che la mancanza di capacità della rete sia in realtà il pretesto per tenere sotto controllo il mercato a valle.

3. Il sub-investimento strategico

I casi principali in materia di sub-investimento strategico nello sviluppo delle infrastrutture sono tre: il caso *Eni/TTPC* deciso in Italia nel 2006¹², che ha poi avuto un lungo strascico giudiziario di fronte ai giudici amministrativi¹³, e i casi *GDF Suez* ed *Eni*, chiusi dalla Commissione, rispettivamente, nel 2009 e nel 2010 con due decisioni di accettazione degli impegni offerti dagli *incumbent*¹⁴.

¹⁰ Cfr. RIDYARD, *Compulsory Access Under EC Competition Law – A New Doctrine of “Convenient Facilities” and the Case for Price Regulation*, in *Europ. Comp. Law Rev.*, 2004, 669.

¹¹ Sull'abuso da sub-investimento strategico, cfr., *inter alia*, P. Merlino-G. Faella, *Strategic Underinvestment as an Abuse of Dominance under EU Competition Rules*, in *World Competition: Law and Economics Review*, 2013, 513; U. Scholz-S. Purps, *The Application of EC Competition Law in the Energy Sector*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2010, 37.

¹² Provvedimento n. 15174 del 15 febbraio 2006, A358, *Eni-Trans Tunisian Pipeline*, in *Bollettino* n.5/2006.

¹³ Tar Lazio, sez. I, 30 marzo 2007, n. 2798; Cons. Stato, sez. VI, 20 dicembre 2010, n. 9306.

¹⁴ Decisioni della Commissione 3 dicembre 2009, caso COMP/39.316, *Gaz de France*, e 29 settembre 2010, caso COMP/39.315, *ENI*.

Il parallelo fra il caso nazionale e i due decisi dalla Commissione evidenzia come sia estremamente difficile e complesso fondare nei principi del diritto della concorrenza l'esistenza di un obbligo d'investire nello sviluppo delle infrastrutture. Nonostante le differenze esistenti fra il *background* fattuale delle diverse fattispecie, le contestazioni mosse nei casi sopra menzionati sono in larga parte sovrapponibili, essendo in ultima istanza riconducibili all'accusa di non aver investito sufficientemente nello sviluppo delle infrastrutture. Anche la *ratio* dell'intervento è comune: l'interferenza dell'ordinamento nelle decisioni d'investimento delle imprese egemoni è giustificata dal timore che un operatore verticalmente integrato, dominante nei mercati a valle della vendita, versi, in quanto tale, in una situazione di strutturale conflitto d'interessi, che può indurlo a rinunciare a investimenti profittevoli nel mercato a monte per proteggere i maggiori profitti incamerati nel mercato a valle. Tuttavia, gli impianti argomentativi su cui si fondano le contestazioni delle autorità antitrust nei diversi casi sono non soltanto diversi, ma anche in buona parte contraddittori.

3.1. Il caso Eni-TTPC

Il caso *Eni-TTPC* prende le mosse dall'interruzione di un processo di potenziamento dei gasdotti TAG e TTPC, che era stato offerto nel 2002 dall'*incumbent* italiano del settore del gas per rimuovere gli effetti restrittivi di una precedente infrazione, accertata nel novembre del 2002¹⁵. Secondo la ricostruzione dell'Autorità, la decisione d'interrompere il potenziamento del gasdotto tunisino era stata assunta dall'*incumbent* e poi trasferita alla controllata TTPC, che gestiva concretamente la *pipeline*.

Il mancato potenziamento del gasdotto TTPC s'inseriva in uno scenario di mercato caratterizzato da una previsione di minor crescita della domanda di gas naturale nel periodo 2004-2014 rispetto a quanto stimato in precedenza, nonché da un previsto aumento dei quantitativi di gas immessi sul mercato italiano, a causa della realizzazione di due terminali di rigassificazione di gas naturale liquefatto (GNL), situati a Brindisi e Rovigo, che sarebbero dovuti entrare in funzione nel 2008. Simili condizioni di mercato avrebbero verosimilmente generato un eccesso d'offerta nell'arco temporale 2008-2014, che avrebbe costretto Eni a versare le gravose penali *take or pay* previste dai contratti di approvvigionamento del gas, in forza dei quali, in caso di mancato raggiungimento dei quantitativi contrattualmente previsti, l'acquirente è tenuto a pagare anche il gas non ritirato. In tale scenario, il potenziamento del gasdotto TTPC nei termini originariamente previsti avrebbe potuto contribuire ad accrescere il temuto eccesso d'offerta.

Per l'interruzione del progetto di potenziamento, l'Autorità ha imposto a Eni, nel 2004, un'ammenda di € 4,5 milioni a titolo d'immotemperanza agli impegni precedentemente offerti¹⁶. Nel 2006, sulla scorta di una lettura discutibile del divieto di *bis in idem*, l'Autorità ha sanzionato Eni, altresì, per abuso di posizione dominante, comminando un'ammenda di € 290 milioni, che è tuttora la più alta sanzione mai irrogata in Italia a una singola impresa per un'infrazione alle regole di concorrenza. L'impianto argomentativo su cui si fonda la decisione di accertamento

¹⁵ Provvedimento n. 11421 del 21 novembre 2002, A329, *Blugas-Snam*, in *Bollettino* n. 47/2002.

¹⁶ Provvedimento n. 13644 del 7 ottobre 2004, A329B, *Blugas-Snam*, in *Bollettino* n. 41/2004.

dell'infrazione è stato confermato dapprima dal TAR e, quindi, dal Consiglio di Stato, che ha peraltro drasticamente ridotto la sanzione, portandola da € 290 milioni a € 20 milioni circa.

L'abuso ricostruito dall'Autorità non s'iscrive nel tradizionale solco dell'elaborazione antimonopolistica in tema di rifiuto d'accesso. In effetti, nella specie, vi erano fortissimi dubbi circa la possibilità di applicare la dottrina dell'infrastruttura essenziale. Innanzitutto, era quantomeno discutibile che il gasdotto TTPC fosse qualificabile come, appunto, infrastruttura essenziale. Diversi altri gasdotti erano utilizzati per importare gas in Italia. Inoltre, erano stati avviati da terzi diversi progetti di realizzazione di gasdotti e terminali di rigassificazione, che avrebbero creato ulteriori infrastrutture alternative. Alcuni di questi progetti sono stati successivamente abbandonati, anche in considerazione delle previsioni non favorevoli sulla domanda di gas e dell'avvento della crisi economica, ma uno di essi ha poi effettivamente condotto alla realizzazione del terminale GNL di Rovigo, la cui capacità è stata interamente destinata a operatori diversi dall'*incumbent*. Si poneva, poi, l'ulteriore problema della configurabilità, ai sensi del diritto della concorrenza, di un obbligo d'investire nello sviluppo delle infrastrutture, che va chiaramente oltre quello di dare accesso a risorse esistenti.

Ebbene, nella specie, l'Autorità ha riconosciuto che il gasdotto TTPC non costituiva un'*essential facility* e, quindi, non vi era alcun obbligo di concedere l'accesso e, tanto meno, di potenziare l'infrastruttura per consentire ad altri di avvalersene. Ciò nondimeno, l'Autorità ha contestato una violazione dell'art. 102 TFUE. Nella ricostruzione dell'Autorità, l'abuso consisteva nel fatto che la controllante Eni avesse orientato il comportamento della sua controllata TTPC, inducendola a rivedere decisioni d'investimento precedentemente assunte per tutelare e rafforzare la posizione di mercato della controllante nella vendita del gas ai clienti finali¹⁷.

Posto che né l'influenza di una controllante sulla condotta della controllata, né il comportamento contestato nella specie, vale a dire l'interruzione del progetto di potenziamento, erano in quanto tali incompatibili con le regole di concorrenza, il caso *Eni/TTPC* investe, in definitiva, un singolare abuso da lecita interferenza in una lecita condotta, nel quale il fondamento dell'illiceità del comportamento appare risiedere, in ultima istanza, nella presunta strategia escludente perseguita dall'*incumbent*, vale a dire nel disegno monopolistico che avrebbe animato le iniziative adottate da Eni per indurre TTPC a rivedere decisioni d'investimento già assunte.

Tuttavia, nella sentenza che ha chiuso il caso, il Consiglio di Stato, pur ritenendo che la condotta accertata fosse oggettivamente escludente, ha concluso che l'*incumbent* non aveva perseguito una strategia volta alla *foreclosure* dei concorrenti, bensì era stato mosso dall'intento di tutelare i propri legittimi interessi commerciali, evitando lo scenario di *oversupply* che l'avrebbe esposto al pagamento delle ingenti penali *take or pay*.

Il riconoscimento di un "*intento difensivo in relazione agli impegni contrattuali già presi con i contratti take or pay*"¹⁸, in luogo del disegno escludente ipotizzato dall'Autorità, ha indotto il Consiglio di Stato a qualificare l'abuso

¹⁷ Provvedimento n. 15174 del 15 febbraio 2006, *Eni-Trans Tunisian Pipeline*, cit., § 185.

¹⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 dicembre 2010, n. 9306, §§ 20.1 e 20.2.

contestato come “grave”, invece che “molto grave”, con conseguente drastica riduzione della sanzione comminata dall’Autorità, ma avrebbe dovuto condurre a una conclusione ben più radicale: venuto meno il disegno anticompetitivo, l’intera fattispecie abusiva costruita dall’Autorità nel provvedimento *Eni-TTPC* finisce per crollare. In ultima istanza, ciò che sembra essere stato contestato dall’Autorità, o comunque ciò che è rimasto della contestazione della stessa dopo le fasi giudiziali, è un’inedita e cangiante figura d’abuso da lecita interferenza in una lecita condotta per perseguire un lecito obiettivo.

3.2. *I casi GDF Suez ed Eni: il criterio del gestore indipendente*

Se la contestazione dell’Autorità in *Eni/TTPC* si fonda su una teoria d’abuso *sui generis*, incentrata sull’interferenza della controllante nella condotta della controllata per indurre quest’ultima a rivedere una decisione d’investimento già assunta, nei casi *GDF Suez* ed *Eni* la Commissione ha adottato un approccio totalmente diverso. Anche in questi casi la Commissione ha contestato, *inter alia*, una limitazione strategica degli investimenti, ma a differenza dell’Autorità ha applicato espressamente la dottrina dell’infrastruttura essenziale.

In particolare, in *GDF Suez*, la Commissione ha ritenuto che, a seguito dello svolgimento di una procedura di *open season* per l’allocazione della capacità di trasporto, GDF Suez si fosse strategicamente astenuta dall’investire nello sviluppo del terminale LNG di Montoir de Bretagne per proteggere i propri profitti nella vendita del gas¹⁹. Secondo la Commissione, l’impresa verticalmente integrata aveva deciso di non investire, sebbene alcune analisi finanziarie indicassero che, date le richieste di capacità ricevute nel corso della procedura di *open season*, l’espansione dell’infrastruttura sarebbe stata profittevole²⁰. Il mancato investimento aveva impedito l’allocazione di capacità di trasporto di lungo termine a un operatore che aveva presentato una richiesta durante la procedura di *open season*, ostacolando l’accesso all’infrastruttura per diversi anni²¹.

In *Eni*, la Commissione ha ritenuto che l’*incumbent* italiano del settore del gas avesse assunto, nella sua veste di socio di (co-)controllo delle società che possedevano e gestivano i gasdotti esteri interessati (*transmission system operator*, o TSO), decisioni d’investimento dettate non da una valutazione della redditività dei potenziamenti delle infrastrutture per i TSO, bensì dal conflitto di interessi in cui si sarebbe trovata l’impresa egemone in quanto operatore verticalmente integrato,

¹⁹ Decisione 3 dicembre 2009, *Gaz de France*, cit. Sul caso *GDF Suez*, cfr. M. D. Diathesopoulos, *From Energy Sector Inquiry to Recent Antitrust Decisions in European Energy Markets: Competition Law as a Means to Implement Sector Regulation*, 2010, disponibile online all’indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1639883; A. De Hauteclouque-K. Talus, *Capacity to Compete: Recent Trends in Access Regimes in Electricity and Natural Gas Networks*, 2011, disponibile online all’indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1769917; K. Talus, *Just What is the Scope of the Essential Facilities Doctrine in the Energy Sector? Third Party Access-Friendly Interpretation in the EU v. Contractual Freedom in the US*, in *Common Market Law Review*, 2011, 1571.

²⁰ Decisione 3 dicembre 2009, *Gaz de France*, cit., § 39.

²¹ *Id.*, § 37.

attivo nei mercati a valle della vendita di gas naturale in Italia²². Ad avviso della Commissione, infatti, qualsiasi incentivo a investire in nuova capacità per incamerare ulteriori profitti attraverso la fornitura di servizi di trasporto a operatori terzi sarebbe stato più che compensato dal disincentivo derivante dalla riduzione dei profitti nella vendita di gas in Italia, che Eni avrebbe subito in conseguenza dell'aumento dell'offerta sui mercati nazionali.

Come evidenziato *supra*, è difficile contestare che le singole infrastrutture di trasporto siano in quanto tali duplicabili. Pertanto, per applicare la dottrina delle infrastrutture essenziali, la Commissione ha dovuto ricorrere a una sorta di *escamotage*, qualificando l'insieme delle infrastrutture – e, quindi, il sistema di trasporto nel suo complesso – come un'unica infrastruttura essenziale ai sensi delle regole di concorrenza. Si tratta di una soluzione per certi versi discutibile, posto che, per operare nei mercati della vendita del gas e per generare l'eccesso di offerta che, negli auspici della Commissione, avrebbe creato condizioni di effettiva *gas-to-gas competition*, non è necessario accedere a tutte le infrastrutture, né tantomeno duplicare l'intero sistema di trasporto.

Ad una ricostruzione opinabile si è sposata la dilatazione del raggio d'azione della dottrina. Infatti, la Commissione non s'è limitata a censurare un rifiuto di rendere disponibile tutta la capacità effettivamente esistente sui gasdotti interessati, ma ha altresì contestato agli *incumbent* di non aver sufficientemente investito nel potenziamento di tali infrastrutture, con l'obiettivo di limitare la possibilità per i concorrenti d'importare volumi addizionali di gas e, in tal modo, proteggere la propria posizione nei mercati a valle.

Per verificare se il conflitto d'interessi derivante dall'integrazione verticale avesse effettivamente indotto l'*incumbent* a ridurre strategicamente gli investimenti in capacità di trasporto, la Commissione ha applicato il criterio del gestore indipendente, in base al quale occorre valutare quali decisioni avrebbe assunto un TSO non verticalmente integrato. Tale criterio dovrebbe consentire d'individuare i casi in cui le decisioni d'investimento dei gestori dell'infrastruttura essenziale siano state alterate dal conflitto d'interessi insito nell'integrazione verticale.

Lo strumento analitico utilizzato dalla Commissione solleva forti perplessità per le notevoli incertezze e l'elevatissimo margine d'errore connessi alla sua applicazione²³. Le decisioni d'investimento si basano su valutazioni complesse, che devono prendere in considerazione un ampio novero di variabili e sono effettuate *ex ante*, quando i futuri sviluppi dell'offerta e della domanda, le strategie dei concorrenti e i cambiamenti regolatori non sono noti e possono essere solo ipotizzati con un grado d'affidabilità spesso limitato. Il criterio del gestore indipendente implica che l'autorità di concorrenza debba rivedere tali complesse decisioni *ex post*, possibilmente a distanza di anni, alla luce di quanto è poi effettivamente accaduto, ma non era noto all'impresa dominante al momento in cui ha assunto la decisione oggetto d'indagine. Inoltre, nella valutazione del rischio e della fattibilità di un investimento, gli operatori si trovano senz'altro in una posizione migliore

²² Decisione 29 settembre 2010, *ENI*, cit. Sul caso *Eni*, cfr., *inter alia*, see F. Maier-Rigaud-F. Manca- U. Von Koppenfels, *Strategic Underinvestment and Gas Network Foreclosure – the ENI Case*, in *Competition Policy Newsletter*, 2011, 18.

²³ Sul punto, cfr. anche U. Scholz-S. Purps, *The Application of EC Competition Law in the Energy Sector*, cit.

rispetto alle autorità antitrust e ai giudici, che dispongono inevitabilmente di una visione meno completa e non hanno una diretta esperienza nel settore interessato.

Anche sul piano teorico, il criterio del gestore indipendente rivela crepe significative. I gestori delle infrastrutture possono avere caratteristiche diverse in termini di disponibilità finanziarie, piani strategici e propensione al rischio. Le divergenze nelle caratteristiche delle imprese, unitamente alla complessità delle variabili in gioco e alle elevate difficoltà nel prevedere la futura evoluzione delle condizioni di mercato, ben possono condurre investitori diversi ad assumere, nelle medesime condizioni, decisioni d'investimento differenti. In simili circostanze, qualsiasi conclusione in merito al comportamento di un ipotetico gestore indipendente rischierebbe di sconfinare nell'arbitrio. La realtà è che non esiste un unico modello valido di gestore indipendente, ma sono ipotizzabili gestori con caratteristiche diverse, che potrebbero assumere, nello stesso contesto, decisioni differenti, ma tutte ugualmente basate su legittime considerazioni di carattere commerciale.

In assenza della prova del fatto che la decisione assunta dall'impresa interessata sia stata in concreto influenzata in maniera determinante dal conflitto di interessi connaturato all'integrazione verticale, qualsiasi valutazione sul comportamento che avrebbe tenuto un gestore indipendente rischia di risolversi in congetture altamente discrezionali e difficilmente verificabili, che appaiono inadeguate a fondare una responsabilità antitrust. Il sindacato *ex post* delle autorità antitrust e dei giudici sulla base del criterio del gestore indipendente potrebbe penalizzare le imprese più avverse al rischio. Inoltre, l'esposizione al rischio di sanzioni antitrust potenzialmente ingenti, dipendenti dai risultati di un test connotato da un elevatissimo margine d'apprezzamento e difficilmente prevedibile, potrebbe alterare gli incentivi delle imprese incaricate della gestione delle infrastrutture, inducendo gli operatori a effettuare investimenti superiori al livello ottimale.

Il caso *Eni* rappresenta la riprova di quanto siano elevati i margini di incertezza e di errore, se non di arbitrio, insiti nell'applicazione del criterio del gestore indipendente. In *GDF Suez*, la Commissione aveva rinvenuto alcune analisi interne dell'impresa interessata, realizzate a seguito di una procedura di *open season*, che evidenziavano come la realizzazione dell'investimento fosse profittevole. Si trattava quanto meno di un indice del fatto che il gestore stava valutando la possibilità di un'espansione della capacità dell'infrastruttura e, in assenza dell'integrazione verticale, avrebbe verosimilmente avuto interesse a realizzare l'investimento. Per converso, in *Eni*, le conclusioni sul carattere abusivo della condotta contestata si fondavano su una speculazione circa le decisioni che avrebbe assunto un ipotetico gestore indipendente delle infrastrutture di trasporto.

Ad avviso della Commissione, un gestore indipendente avrebbe senz'altro scelto di potenziare l'infrastruttura, posto che: (i) vi era una domanda inevasa di capacità di trasporto; (ii) alcuni operatori si erano detti disponibili a contribuire, in qualche misura, alle spese di realizzazione della capacità aggiuntiva; e (iii) era dato presumere che un regolatore avrebbe fissato le tariffe di accesso in maniera da garantire un ragionevole ritorno sugli investimenti. Tuttavia, diversi elementi fattuali potevano generare forti dubbi sulla profittabilità degli investimenti. In primo luogo, le previsioni circa l'andamento della domanda all'epoca dei fatti erano molto meno ottimistiche di quanto era stato inizialmente ipotizzato. Il gestore delle infrastrutture non può fare a meno di considerare le condizioni competitive nel mercato a valle,

posto che un'insufficiente domanda di gas si ripercuote sulle richieste di capacità di trasporto nel mercato a monte e, quindi, sui ritorni degli investimenti. In secondo luogo, erano stati avviati progetti di sviluppo di infrastrutture alternative, che aumentavano i rischi connessi alla realizzazione di nuovi investimenti. In terzo luogo, i vincoli tariffari previsti dalla regolamentazione applicabile nei diversi sistemi limitavano i ritorni sugli investimenti e, in alcuni Stati, i gestori delle infrastrutture di trasporto stavano effettivamente registrando perdite. Infine, la possibilità di cambiamenti nei regimi tariffari rendeva ancor più incerte le prospettive di profittabilità di tali investimenti.

Dunque, l'esordio del criterio del gestore indipendente rafforza i timori connessi all'idea che un'autorità antitrust o giudiziaria possa sostituire le proprie valutazioni a quelle degli operatori interessati, replicando col senno di poi l'analisi di profittabilità di progetti d'investimento estremamente complessi, rischiosi e incerti.

Al di là dell'incertezza e delle difficoltà create dall'applicazione del test diviso dalla Commissione, l'art. 102 TFUE non sembra costituire uno strumento appropriato per imporre un obbligo d'investimento. L'utilizzo della disciplina antimonopolistica per indurre le imprese dominanti a effettuare gravosi investimenti acuisce i rischi di effetti negativi tradizionalmente associati alla dottrina delle infrastrutture essenziali, poiché la possibilità, per i concorrenti, di appoggiarsi agli *asset* produttivi delle imprese dominanti, anche in assenza di capacità disponibile, può tradursi in una riduzione ancor più significativa degli incentivi degli operatori egemoni a sviluppare nuove infrastrutture e, soprattutto, di quelli dei rivali a realizzare risorse alternative²⁴.

4. Considerazioni conclusive

Le istituzioni europee e quelle nazionali hanno trattato condotte simili, sostanzialmente sovrapponibili, in modo analogo, ma sulla base di impianti argomentativi per certi versi antitetici. L'Autorità ha ritenuto che non vi fosse un'infrastruttura essenziale, né un obbligo d'investire nella realizzazione di capacità aggiuntiva, ma solo un'illecita interferenza in decisioni d'investimento già assunte, mentre la Commissione si è mossa nel solco dell'*essential facility doctrine*, ampliandone il raggio d'azione per promuovere condizioni di mercato più aperte e concorrenziali.

In tutti i casi di sub-investimento strategico discussi *supra*, l'intervento antitrust ha consentito di raggiungere obiettivi di natura essenzialmente regolatoria. L'interferenza delle finalità regolatorie è particolarmente evidente nel caso *Eni*. Mentre in *GDF Suez* la Commissione ha ritenuto sufficienti impegni a realizzare dismissioni di capacità di trasporto o, eventualmente, un potenziamento della capacità esistente, in *Eni* la stessa ha reputato necessaria una misura strutturale di separazione proprietaria delle reti di trasporto internazionale utilizzate per l'importazione del gas in Italia. Di fatto, tramite l'applicazione delle regole di

²⁴ La riduzione degli incentivi dei concorrenti a sviluppare risorse alternative produrrebbe il risultato perverso di consolidare la dominanza dell'impresa titolare dell'infrastruttura. Cfr., *ex plurimis*, J. Temple Lang, *Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities*, in B. Hawk (a cura di), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, Huntington, NY, 1995, 245.

concorrenza, la Commissione ha raggiunto lo stesso obiettivo regolatorio che non era stato conseguito con la Terza Direttiva Gas (direttiva 2009/73/CE), vale a dire l'*unbundling* proprietario.

Le deviazioni ricollegabili all'interferenza di obiettivi regolatori lasciano tuttavia tracce nel sistema antimonopolistico. Mentre *Eni/TTPC* è un caso *sui generis*, nel quale la fattispecie contestata era strettamente legata a un quadro fattuale complesso e particolarmente controverso, i casi *GDF Suez* ed *Eni*, per quanto chiusi con decisioni d'accettazione degli impegni, che a rigore non costituiscono validi precedenti, hanno di fatto modificato i confini della dottrina dell'infrastruttura essenziale, segnando l'ingresso di una nuova figura d'abuso nel panorama antitrust europeo. Non si tratta necessariamente di un passo avanti.