

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 10/02/2011

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/31089-la-nuova-giurisdizione-di-merito-e-problemi-di-concorrenza-nel-mercato-del-gas-naturale-nota-a-sent-cons-di-stato-sez-vi-n-9306-del-20-12-2010>

Autore: Lucarini Giuseppe

La nuova giurisdizione di merito e problemi di concorrenza nel mercato del gas naturale (nota a Sent. Cons. di Stato, Sez. VI, n. 9306 del 20/12/2010)

La nuova giurisdizione di merito e problemi di concorrenza nel mercato del gas naturale.

La sentenza che si annota presenta molteplici elementi di interesse giuridico e si inserisce a conclusione di quello che può a ragion veduta essere considerato il più importante caso *antitrust* relativo al mercato nazionale del gas naturale verificatosi dall'avvio del processo di apertura alla concorrenza di quest'ultimo.

La decisione del Consiglio di Stato consente in particolare di apprezzare la portata della nuova disposizione di cui all'art. 134 c.p.a., entrata in vigore il 16 settembre 2010 e pertanto applicata al caso di specie *ratione temporis*.¹

Come noto, con tale disposizione il legislatore ha “rimeditato” i casi di giurisdizione amministrativa estesa al merito prevedendo in particolare l'ipotesi delle sanzioni pecuniarie “comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti”.²

Il caso deciso dai Giudici di Palazzo Spada trae origine della impugnazione in sede giurisdizionale del provvedimento della Autorità garante della concorrenza che aveva condannato Eni per abuso di posizione dominante.³

In particolare, l'approfondita attività istruttoria posta in essere dall'Autorità garante aveva evidenziato una condotta di tipo escludente di Eni posta in essere in territorio tunisino tramite la sua società controllata TTPC, gestrice del gasdotto trans tunisino connesso alla rete nazionale dei gasdotti e necessario per l'approvvigionamento in Italia del gas di produzione algerina.⁴

¹ Il decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (in suppl. ordinario n. 148 alla Gazz. Uff., 7 luglio 2010, n. 156) è entrato in vigore dal 16 settembre 2010. Esso rappresenta il Codice del processo Amministrativo in attuazione della delega legislativa di cui all'art. 44, legge n. 69/2009. Per un primo commento sistematico di tale corpo normativo cfr. in particolare G. Leone, L. Maruotti, C. Saltelli, *Codice del processo amministrativo*, Padova, 2010.

² Ai sensi dell'art. 134 c.p.a. (rubricato “Materie di giurisdizione estesa al merito”) “1. Il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto: a) l'attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato nell'ambito del giudizio di cui al Titolo I del Libro IV; b) gli atti e le operazioni in materia elettorale, attribuiti alla giurisdizione amministrativa; c) **le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti**; d) le contestazioni sui confini degli territoriali; e) il diniego di rilascio di nulla osta cinematografico di cui all'articolo 8 della legge 21 novembre 1962, n. 161.”. I casi di giurisdizione di merito del Giudice amministrativo nel sistema previgente l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo erano indicati dall'art. 27 R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, esteso al processo innanzi ai TT.AA.RR. in virtù del rinvio contenuto dell'art. 7, legge n. 1034/71.

³ A.G.C.M., provvedimento n. 1574 del 15.02.2006, consultabile in www.agcm.it e relativo al procedimento A358 – Eni – Trans Tunisian Pipeline.

⁴ Per uno studio del caso *antitrust* “TTPC” cfr. F. B. Romano, *L'Accesso alle reti nel diritto della concorrenza e la liberalizzazione del mercato dell'energia*, Udine, 2007, p. 121 e ss.

L'istruzione procedimentale aveva evidenziato l'ingerenza della controllante Eni nelle scelte della controllata TTPC cui era stato impedito il potenziamento del gasdotto trans tunisino in virtù del quale nuovi importatori (cd. *shippers*) concorrenti di Eni avrebbero importato in Italia gas naturale di produzione algerina.

L'Autorità garante aveva in particolare accertato come Eni avesse imposto alla sua controllata di rinviare il potenziamento della capacità di trasporto - da quest'ultima già deciso nel 2002 - in modo da provocare la risoluzione dei contratti di trasporto *ship or pay* già stipulati tra la TTPC ed alcuni importatori indipendenti, e tale condotta era stata ritenuta un abuso di posizione dominante "molto grave" teso all'esclusione dei concorrenti che già avevano prenotato la (realizzanda) capacità di trasporto.

Sulla base di siffatta valutazione della gravità dell'illecito, è conseguito il trattamento sanzionatorio di 390 milioni di euro sulla base dei criteri previsti dall'art. 15, legge n. 287/90. Tale sanzione, inoltre, era stata ridotta dalla medesima Autorità ad euro 290 milioni in considerazione del "ravvedimento operoso" posto in essere da Eni nel periodo successivo alla commissione dell'illecito e consistente - in particolare - nell'essersi impegnata al potenziamento della capacità di trasporto del gasdotto trans tunisino.

Il Tar Lazio, con sentenza del 30 marzo 2007⁵, aveva confermato il provvedimento impugnato sotto il profilo della sussistenza di un abuso di posizione dominante di natura escludente ma aveva evidenziato la sussistenza di un vizio di legittimità, sotto il profilo motivazionale, con riferimento alla gravità dell'illecito posto in essere.⁶

In altre parole, il giudice di primo grado aveva evidenziato che il provvedimento impugnato non dava ben conto delle ragioni per le quali l'illecito dovesse ritenersi "molto grave".

Conseguentemente, e sotto tale esclusivo profilo, aveva annullato il provvedimento impugnato con obbligo dell'Autorità amministrativa di provvedere in conformità.

⁵ Tar Lazio, Sez. I, sentenza 30 marzo 2007, n. 2798.

⁶ Il Tar, in particolare, aveva evidenziato come l'Autorità garante della concorrenza non avesse dato ben conto delle ragioni per le quali l'illecito anticoncorrenziale dovesse ritenersi "molto grave" e non invece "grave" secondo la tradizionale tripartizione comunitaria degli illeciti anticoncorrenziali in "poco gravi", "gravi" e "molto gravi".

Nelle more, il giudizio è approdato innanzi alla Sesta Sezione del Consiglio di Stato e, poco prima della decisione, è entrato in vigore il codice del processo amministrativo.⁷

Tale novità normativa ha rappresentato un fatto di grande rilievo nel giudizio in corso.

Ed infatti, l'art. 134 c.p.a. consente al giudice amministrativo – per la prima volta in questa materia - di sindacare il merito dell'azione amministrativa posta in essere dalle Autorità indipendenti e, sulla base di tale nuovo potere, il collegio ha ritenuto - quanto ai profili sanzionatori - che la valutazione posta in essere dalla Autorità garante - con riferimento al “ravvedimento operoso” di Eni - fosse non condivisibile e quindi superabile, nel senso che a giudizio del collegio il ravvedimento di Eni meritava un rilievo diverso e maggiore di quello attribuitogli dall'Autorità garante (che, come evidenziato, in virtù del ravvedimento posto in essere aveva già ridotto la sanzione da 390 a 290 milioni di euro) ed inoltre che l'illecito dovesse ritenersi “grave” e non “molto grave” come invece ritenuto dall'Autorità *antitrust*.

Sulla base di una diversa valutazione di merito, quindi, il Consiglio di Stato ha ulteriormente ridotto l'ammontare della sanzione inflitta (portandolo a 20,45 milioni di euro) in tal riformando non solo l'appellata sentenza ma anche il provvedimento amministrativo gravato.

La decisione non può non sorprendere gli studiosi del processo amministrativo, tradizionalmente considerato un giudizio sulla legittimità dell'azione amministrativa e non sul merito di questa, come diretta conseguenza del principio della separazione dei poteri.

La recente introduzione dell'art. 134 c.p.a., in altre parole, innova profondamente l'equilibrio tra il potere amministrativo e quello giurisdizionale amministrativo consentendo al giudice amministrativo di sostituirsi alla Autorità amministrativa - come paradigmaticamente esemplificato dalla decisione oggetto di commento – in casi in cui prima era precluso ciò.

Si tratta di una innovazione che scardina l'originaria e tradizionale concezione del processo amministrativo e pone, ad avviso dello scrivente, delle possibili questioni di legittimità costituzionale con riferimento – in particolare - al rispetto del principio della separazione dei poteri.

⁷ Dlgs 2 luglio 2010, n. 104, in vigore dal 16 settembre 2010.

Non appare invero necessario, anche in una logica di effettività della tutela giurisdizionale, attribuire al Giudice amministrativo una giurisdizione estesa al merito in una materia – quelle delle sanzioni amministrative – in cui la riedizione dell'azione amministrativa *post* annullamento appare garantire l'effettività della tutela ed il rispetto del principio della separazione dei poteri.⁸

Ma, al di là delle considerazioni testè svolte in tema di nuova giurisdizione di merito, il caso deciso dal Consiglio di Stato merita una riflessione complessiva sullo stato della concorrenza nel mercato del gas naturale.

Come noto, a partire dalla direttiva 98/30/CE (prima direttiva gas) il legislatore comunitario ha inaugurato un lungo ed affannoso processo di graduale apertura alla concorrenza del mercato del gas naturale, connotato in Italia dalla presenza di un operatore dominante in tutte le fasi della filiera integrata.

Il comportamento posto in essere da Eni nel periodo di apertura alla concorrenza del mercato del gas è stato invero connotato da numerosi episodi di abusi di posizione dominante di natura escludente, posti in essere tramite società del gruppo da essa controllate.

Il riferimento, in particolare, va ai casi “Blugas/Snam” e “GNL Italia”, oltre che al caso “TTPC” oggetto della recente decisione del Consiglio di Stato.⁹

Quest'ultimo caso, tuttavia, è connotato da una specifica peculiarità: l'illecito è stato commesso in territorio extracomunitario e, pertanto, escluso dal campo di applicazione della normativa comunitaria volta alla promozione della concorrenza.

Il diritto comunitario, a partire dalla menzionata direttiva 98/30/CE, ha infatti elaborato nel tempo ulteriori misure volte alla realizzazione di un assetto normativo adeguato allo sviluppo di dinamiche effettivamente concorrenziali: alla prima direttiva gas è stata infatti sostituita – dal 1° luglio 2004 – la direttiva 2003/55/CE che ha rafforzato gli istituti proconcorrenziali già previsti e ne ha introdotti di nuovi. L'evoluzione del quadro normativo è continuata nel tempo e nel luglio 2009 è stata introdotta la direttiva 2009/73/CE (terza direttiva gas) le cui disposizioni diverranno di obbligatoria applicazione dal 3 marzo 2011.

⁸ Cfr. in tal senso Cds, VI, 1009/2008.

⁹ “Blugas/Snam”, procedimento A329, chiuso con provvedimento n. 11421 del 21.11.2002 consultabile in www.agcm.it; “GNL Italia”, procedimento A371 (gestione ed utilizzo della capacità di rigassificazione) chiuso con provvedimento n. 16531 del 28.02.2007 pure consultabile in www.agcm.it.

Il legislatore si è preoccupato di assicurare l'indipendenza della società di gestione della infrastruttura del sistema gas dalla società madre verticalmente integrata, introducendo delle forme di separazione (*unbundling*) nel tempo sempre più rafforzate.¹⁰

Ebbene, nonostante il progressivo rafforzamento della efficacia proconcorrenziale degli istituti introdotti nel tempo, il legislatore ha però del tutto omesso di prendere in considerazione l'aspetto della extraterritorialità degli illeciti anticoncorrenziali, paradigmaticamente esemplificato dal caso "TTPC" oggetto della recente decisione del Consiglio di Stato.

In altre parole, le norme della regolazione proconcorrenziale non sono al momento applicabili nei territori extracomunitari e resta pertanto un problema *antitrust* a monte del mercato europeo del gas ed idoneo, come esemplificato dal caso TTPC, a condizionare negativamente lo sviluppo di concorrenza nel mercato europeo a valle della infrastruttura luogo dell'abuso di posizione.

Sotto tale profilo, pertanto, le recenti innovazioni normative contenute nel cd. terzo pacchetto energia¹¹ non appaiono ancora adeguate a realizzare un assetto normativo adeguato allo sviluppo di concorrenza effettiva la cui tutela è oggi rappresentata, per gli illeciti commessi in territorio extracomunitario, al solo intervento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza i cui poteri, peraltro, appaiono menomati – per come visto - dalla recente introduzione dell'art. 134 c.p.a.

Avv. Giuseppe Lucarini

¹⁰ Per uno studio sistematico della tematica dell'*unbundling* tra le imprese del gas verticalmente integrate cfr. E. Bruti Liberati, *La regolazione proconcorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006.

¹¹ Quanto al mercato del gas naturale, il cd. terzo pacchetto include, oltre alla menzionata direttiva 2009/73/CE, i regolamenti (CE) n. 713 e 715 del 13 luglio 2009.