

Prime annotazioni sulla riforma del retail elettrico e del gas

di Eugenio Bruti Liberati

Sommario: 1. Premessa. La liberalizzazione del retail energetico tra crisi delle ideologie e pragmatismo regolatorio. - 2. La scelta europea di liberalizzare (anche) i prezzi dei mercati retail dell'energia. - 3. Una prima valutazione dell'idoneità della nuova disciplina rispetto agli obiettivi perseguiti. - 4. Una riforma da completare (e da confermare)

1. Premessa. La liberalizzazione del retail energetico tra crisi delle ideologie e pragmatismo regolatorio

La vicenda – lunga e tormentata – dell'iter parlamentare del disegno di legge “annuale” per il mercato e la concorrenza è giunta a conclusione: in data 2 agosto 2017, dopo quasi tre anni di navigazione nelle aule parlamentari, il Senato ne ha approvato definitivamente il testo.

Essa rimane in ogni caso emblematica delle difficoltà e delle incertezze che caratterizzano oggi il dibattito politico e scientifico sui modelli di disciplina dei mercati.

Nato in anni nei quali era – o sembrava - ancora largo e diffuso il consenso sul primato del principio o “ordine” concorrenziale, lo strumento della legge annuale sulla concorrenza ha poi scontato gli effetti della crisi di fiducia nel mercato successiva al 2008 e la reazione alla ventata neo-liberista e mercatista degli anni precedenti. Il recupero, nei fatti ma anche nella sua legittimazione politico-culturale, di un ruolo significativo per i governi e per le loro politiche economiche ed industriali si è combinato nell'opinione di molti con il sospetto e la diffidenza nei confronti delle dinamiche concorrenziali: come se non fosse evidente che la lezione vera che l'esperienza di questi ultimi decenni ci ha impartito è che anche nel governo dell'economia è preferibile evitare eccessi e rigidità ideologiche – in senso mercatista ma anche statalista – e ricercare invece, con pragmatismo ma nel rispetto di principi, soluzioni concrete, di taglio competitivo o meno, a problemi sempre (parzialmente) diversi.

Il caso specifico della regolamentazione della vendita di elettricità e gas ai clienti finali s'inserisce perfettamente in questo quadro: un quadro nel quale l'attuazione della scelta europea a favore della piena liberalizzazione di tali attività incontra resistenze e obiezioni talvolta puntualmente argomentate con riferimento alle specifiche caratteristiche delle stesse, talora invece ispirate ad una pregiudiziale ostilità verso i meccanismi di mercato. Laddove è chiaro che mentre con le prime è possibile – e doveroso – confrontarsi, anche per tenerne conto adeguatamente nel definire i contenuti della nuova disciplina, viceversa con le seconde qualsiasi dialogo sul merito dei problemi e delle soluzioni risulta difficilmente praticabile.

2. La scelta europea di liberalizzare (anche) i prezzi dei mercati retail dell'energia

Le premesse del problema sono ben note. Secondo l'interpretazione accolta dalla Corte di Giustizia in una decisione che risale ormai al 2010 (v. Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 20/4/2010 n. C-265/08, *Federutility* ed altri), le direttive europee sull'elettricità e sul gas prescrivono agli Stati membri di prevedere

che in linea generale i prezzi delle relative forniture ai clienti finali siano definiti dalle ordinarie dinamiche di mercato (sul punto sia consentito rinviare all'analisi svolta in E. BRUTI LIBERATI, *Mercati retail dell'energia e disciplina dei servizi di tutela* in *Dialoghi sul diritto dell'energia*, Torino, 2015). Misure di regolazione amministrativa di tali prezzi sono quindi ammissibili solo in via transitoria e solo in presenza di determinate condizioni, fermo restando che la disciplina europea comunque impone di garantire le forniture e di tutelare gli utenti, eventualmente anche attraverso l'imposizione di obblighi di pubblico servizio ai fornitori (si vedano al riguardo gli artt. 3 delle due direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE su elettricità e gas).

La disciplina italiana dei mercati *retail* vigente prima dell'approvazione della legge sulla concorrenza non risultava in linea con tale indicazione - opinabile sul piano politico ma certamente vincolante su quello giuridico -, perché, anche se in passato il regolatore settoriale ha provato a sostenere il contrario, appariva assai difficile negare che i sistemi della maggior tutela elettrica e della tutela gas costituissero dei metodi di indiretta regolazione dei prezzi (v. ancora, al riguardo, BRUTI LIBERATI, op. cit.).

Di qui la decisione del Governo, sollecitato anche dalla Commissione europea, di inserire nel disegno di legge annuale sulla concorrenza alcune norme dirette ad eliminare entro un determinato termine quei sistemi di tutela e a rimettere al mercato la determinazione dei relativi prezzi, accompagnando peraltro tale cambiamento di disciplina con la previsione o la diretta adozione di specifiche misure regolatorie volte ad evitare che il medesimo possa tradursi in un danno per i clienti dell'energia.

La soppressione dei meccanismi tariffari non implica quindi un puro e semplice abbandono alle dinamiche di mercato e alla legge della domanda e dell'offerta - soluzione radicale che altrove ha già mostrato di non funzionare adeguatamente (si veda al riguardo, sull'esperienza inglese, D. MANTZARI, *The Liberalisation of Retail Energy Markets: Lessons from the UK*, in BRUTI LIBERATI, DE FOCATIIS, TRAVI (a cura di), *Esperienze regolatorie a confronto nel settore dell'energia*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, pp. 45 ss.): è infatti previsto che l'attivazione di quelle dinamiche debba abbinarsi ad un complesso di interventi di regolamentazione variamente preordinati a proteggere i clienti finali e a rafforzare la loro capacità di giocare il gioco del mercato.

3. Una prima valutazione dell'idoneità della nuova disciplina rispetto agli obiettivi perseguiti

L'impostazione accolta dalla nuova disciplina è dunque in linea di principio corretta: non ci si limita ad eliminare - a partire dal 1° luglio 2019 - la regolazione di prezzo ma la si sostituisce con altri e diversi meccanismi di regolazione, anch'essi diretti a tutelare i clienti dell'energia pur se nel rispetto delle dinamiche di mercato.

Il problema è naturalmente se tali altri meccanismi regolatori sono adeguati allo scopo: scopo che, com'è bene esplicitare, non è solo quello - ovvio laddove si liberalizzi - di promuovere l'efficienza e l'innovatività delle imprese fornitrici, ma anche quello di garantire che i vantaggi che dovrebbero derivarne possano essere in misura significativa fruiti da consumatori. Senza naturalmente dimenticare gli utenti che si

trovino, per qualsiasi ragione, in condizioni di vulnerabilità e che non siano quindi in grado di approvvigionarsi di elettricità e/o di gas a condizioni di mercato, ai quali deve comunque essere garantita la fornitura.

In questa prospettiva, è opportuno ricordare che, com'è stato da tempo evidenziato, e come emerge anche dall'esperienza di altri Paesi (v. ancora, per il caso inglese, MANTZARI, op. cit.), la difficoltà che chiaramente si frappone all'efficace funzionamento della dinamica competitiva nel caso del *retail* energetico è anzitutto quella legata alle forti asimmetrie non solo informative ma anche cognitive che penalizzano i clienti domestici o comunque di piccole dimensioni. Asimmetrie che hanno notoriamente come conseguenza una ridotta propensione dei clienti in questione a svolgere un ruolo attivo nel confronto con i fornitori e dunque ad esercitare sui medesimi la pressione negoziale indispensabile perché i vantaggi attesi dal mercato possano concretizzarsi.

Nello stesso tempo non può dimenticarsi che nel contesto italiano il rischio che il meccanismo concorrenziale non produca gli effetti auspicati si ricollega anche alla struttura molto concentrata dei mercati interessati, e in particolare di quello elettrico.

Dunque, per risultare adeguata al fine di assicurare l'efficienza delle forniture ai clienti finali dell'energia (domestici o comunque con consumi limitati) la nuova disciplina doveva necessariamente intervenire su entrambi i profili appena richiamati: la c.d. capacitazione dei clienti, con misure volte ad eliminare o almeno ad attenuare le asimmetrie di cui si è detto, e la struttura dell'offerta, per escludere la presenza di operatori dotati di eccessivo potere di mercato.

E, in effetti, se si guarda alle norme introdotte con la nuova legge si vede che esse si occupano di entrambi gli aspetti, sia pure con incisività significativamente diversa nei due casi.

Per quanto attiene alla capacitazione dei clienti, la legge individua molteplici misure dirette a favorire la confrontabilità delle offerte da parte dei clienti e il rafforzamento delle loro *skills* negoziali: dalla realizzazione di un apposito portale informatico per la raccolta e la pubblicazione delle offerte dei fornitori all'obbligo per tutti gli operatori della vendita di elettricità e gas di formulare almeno una proposta di offerta a prezzo variabile e una a prezzo fisso per le utenze domestiche e non domestiche con consumi inferiori ad una determinata soglia, redatte sulla base di specifiche prescrizioni dell'Autorità per l'energia; dall'adozione di Linee Guida dell'Autorità volte a promuovere l'aggregazione di piccoli consumatori e la formazione di Gruppi di acquisto all'obbligo per i fornitori di dare adeguata informativa ai clienti in ordine al superamento della tutela di prezzo nelle modalità definite dal Regolatore.

L'insieme di tali misure e delle altre già previste dalla disciplina previgente – come il Sistema informatico integrato (di cui al DL n. 105/2010) o la disciplina sulla tempistica di *switching* – sembra in astratto idoneo ad incrementare significativamente la possibilità per i consumatori energetici di stare in modo attivo sul mercato, come del resto è avvenuto e avviene in altri Paesi europei e anche in Italia per altri servizi liberalizzati (come la telefonia).

Ci si deve chiedere peraltro se non sarebbe stato opportuno prevedere anche l'adozione di più esplicite misure di *nudging*, specificamente volte a stimolare la propensione dei clienti dell'energia a giocare un ruolo

attivo rispetto alla selezione dei fornitori. E' chiaro che alcune delle previsioni sopra richiamate (come quella relativa allo stimolo all'aggregazione dei consumatori) si muovono in quella direzione; ma qualcosa di più avrebbe potuto forse farsi, attingendo alla ricca esperienza nord-americana e nord-europea, e comunque affidando un chiaro mandato in tal senso al Regolatore (sul *nudge* v. quanto meno R. THALER-C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Feltrinelli, Milano, 2009; P. G. HANSEN- A.M. JESPERSEN, *Nudge and Manipulation of choice: A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy*, in *The European Journal of Risk Regulation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013).

Il giudizio sulla nuova normativa deve essere d'altra parte più critico con riferimento alla parte in cui essa affronta il problema di promuovere la concorrenza sul lato dell'offerta. E' vero che anche in questo caso talune misure rilevanti – come quelle inerenti al c.d. *brand unbundling* – erano già state introdotte in precedenza, ed è altresì vero che la nuova legge prevede che il Ministero dello Sviluppo Economico, con suo decreto, dovrebbe definire anche le misure necessarie per assicurare “la concorrenza e la pluralità di fornitori e di offerte nel libero mercato”; e tuttavia appare assai dubbio che tale generica previsione possa fondare e legittimare incisivi interventi di riduzione del potere di mercato. Appare sufficiente ricordare, al riguardo, che quando in passato si è trattato di introdurre misure volte a limitare le quote di mercato di Enel nel segmento della produzione elettrica e di Eni nella vendita di gas, il legislatore è intervenuto con norme esplicite e sufficientemente puntuali (contenute, rispettivamente, nel D.Lgs. n. 79/99 e del D.Lgs. n. 164/00); e che, d'altro canto, relativamente a tale tipo di prescrizioni la giurisprudenza amministrativa – per altri aspetti, assai più incline ad ammettere l'esercizio di poteri regolatori non specificamente contemplati dalla legge – si è viceversa mostrata assai restrittiva.

La questione quindi si pone. E non è da escludere che laddove il mercato non dovesse autonomamente attenuare il problema, e fatto salvo l'eventuale intervento delle autorità antitrust, il legislatore possa essere chiamato ad esprimersi nuovamente sul punto.

La nuova disciplina si preoccupa anche, doverosamente, di garantire la fornitura ai clienti – e più esattamente ai clienti domestici o con consumi inferiori a determinate soglie – che, successivamente alla soppressione del servizio di maggior tutela, rimangano per qualsiasi ragione senza fornitore di elettricità: a ciò dovrà provvedere il Regolatore disciplinando un (apposito) servizio di salvaguardia, assicurato da soggetti individuati mediante “procedure concorsuali per aree territoriali” e “a condizioni che incentivino il passaggio al mercato libero”. Così pure è prevista l'adozione di nuove misure di protezione dei clienti vulnerabili, anche con la riforma del bonus per la famiglie in condizioni di disagio economico.

4. Una riforma da completare (e da confermare)

Il giudizio da esprimere sulla nuova disciplina appare almeno in parte da sospendere, in attesa che i molteplici provvedimenti attuativi da essa previsti completino il quadro della riforma che Parlamento e Governo hanno inteso realizzare. La sospensione del giudizio è del resto imposta anche dalla circostanza che

non può allo stato ritenersi del tutto certo nemmeno che tale riforma venga in concreto portata a compimento.

Come si è in precedenza ricordato, la legge prevede che tale soppressione debba avvenire a decorrere dal 1° luglio 2019. Questo termine non è di per sé sottoposto a condizioni; e tuttavia è stabilito che, con congruo anticipo rispetto alla scadenza indicata, l'Autorità per l'energia debba accertare che si siano verificati taluni "eventi" puntualmente individuati, e che, laddove riscontri che ciò non è avvenuto, essa e il Ministero dello Sviluppo Economico debbano adottare i "provvedimenti necessari".

Quali siano tali provvedimenti necessari non è precisato – il che, per le ragioni sopra richiamate, rende difficile che possa trattarsi di provvedimenti in grado di incidere in modo significativo sulla sfera giuridica dei destinatari. Né è chiarito che cosa dovrebbe accadere qualora, nonostante tali provvedimenti, gli eventi indicati dalla normativa in questione come impliciti presupposti del venir meno degli attuali regimi di tutela continuino a non realizzarsi: si procederebbe comunque nel senso della soppressione degli attuali regimi di tutela oppure no?

Nel primo senso sembrerebbe militare, oltre alla di per sé inequivoca formulazione delle norme sulla soppressione, anche il fatto che, come si è sopra ricordato, la disciplina appena approvata prevede che l'Autorità per l'energia debba adottare disposizioni per assicurare, a partire dalla data della soppressione, un servizio di salvaguardia "a condizioni che incentivino il passaggio al mercato libero".

Tale disposizione sembra indirettamente attestare che, almeno secondo le attuali intenzioni del legislatore, la data del 1° luglio 2019 dovrebbe comunque segnare una svolta rilevante rispetto all'assetto attuale: dovendo appunto il servizio di salvaguardia essere fornito a condizioni che incentivino il passaggio al mercato libero, ciò dovrebbe infatti avere l'effetto di promuovere lo svuotamento progressivo del regime di tutela di prezzo e dunque di estendere in ogni caso l'operare delle dinamiche concorrenziali.

Resta naturalmente di vedere se nei due anni che ci separano dalla data di avvio del nuovo sistema il legislatore non muterà indirizzo: possibilità che è ovviamente sempre presente ma che in questo caso, dato l'andamento – come si è detto, molto tormentato e problematico - del dibattito non solo parlamentare sui modelli di disciplina del mercato, appare particolarmente incombente.

Si tratterebbe – com'è opportuno sottolineare, in conclusione – di un esito non auspicabile: non per una preferenza acritica e pregiudiziale per le soluzioni di piena liberalizzazione dei mercati dei servizi di interesse economico generale, ma perché in concreto, alla luce delle misure di regolazione previste dal legislatore, la tutela dei consumatori energetici sembra comunque sufficientemente assicurata e appare utile verificare se, eventualmente con qualche ulteriore perfezionamento nei termini sopra segnalati, tale modello di concorrenza variamente regolata possa ben funzionare nell'interesse del sistema economico nel suo complesso.