

Antitrust e ambiente: dall'approccio economico a quello ecologico?

Luca Calzolari *

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il rapporto fra sostenibilità e politica di concorrenza. – 3. Valori extra-concorrenziali ed *enforcement* antitrust: il ruolo del principio di integrazione. – 4. Accordi ambientali e art. 101 TFUE: spunti dalla prassi applicativa. – 5. Le Linee guida sugli accordi orizzontali del 2023. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione.

Il rapporto fra tutela dell'ambiente e politica di concorrenza, come anima del mercato interno, risale alle origini del processo di integrazione: il mercato interno poteva infatti essere realizzato solo accompagnando la spinta liberalizzatrice delle libertà economiche fondamentali a talune politiche ancillari, fra cui appunto l'adozione di regole ambientali comuni per evitare fenomeni di *regulatory competition*¹.

Se dapprima la tutela dell'ambiente è quindi stata oggetto di attenzione soprattutto per i suoi riflessi sul mercato interno, la situazione è presto mutata in modo radicale²: il miglioramento della qualità dell'ambiente e lo sviluppo sostenibile³ sono infatti diventati valori fondamentali che guidano

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Torino.

¹ F. MUNARI, *Do Environmental Rules and Standards Affect Firms' Competitive Ability?*, in *European Papers*, 2019, p. 207.

² La «tutela dell'ambiente [...] costituisce uno degli scopi essenziali della comunità» (Corte giust. 7 febbraio 1985, C-240/83, *Oli usati*, ECLI:EU:C:1985:59, § 13).

³ Così oggi l'art. 3(3) e (5) TUE, ma una generale competenza in materia ambientale è stata conferita all'Unione con il Trattato di Maastricht. L'elaborazione di tale nozione coincide con la stessa nascita del diritto internazionale dell'ambiente, che viene generalmente ricondotta alla Conferenza di Stoccolma del 1972 sull'ambiente umano. Sebbene nel corso

l'azione dell'Unione⁴. Da decenni, inoltre, l'Unione ha assunto un *leading role* a livello globale, anche a costo di subire qualche critica per via della pretesa di applicare in via extraterritoriale le proprie regole (non solo) ambientali⁵.

Nell'ambito della politica di concorrenza, il rapporto si è *in primis* sviluppato con gli aiuti di Stato⁶: pur mantenendo il controllo della Commissione in materia⁷, si è voluto evitare che gli artt. 107 ss. TFUE potessero ostacolare il supporto pubblico a iniziative ambientali. Il ruolo degli aiuti di Stato è ancora oggi centrale⁸, anche per raggiungere gli ambiziosi obiettivi che l'Unione si è data anche a valle di obblighi assunti a livello internazionale⁹: si pensi al *Green Deal*¹⁰ e al relativo obbligo di neutralità cli-

degli anni lo “sviluppo” abbia talvolta prevalso sulla “sostenibilità” (peraltro non più solo ambientale) è ormai accettato che tali nozioni siano espressione del principio di equità intergenerazionale (F. MUNARI-L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente*, Bologna, 2012, p. 15): infatti, una misura è sostenibile se «*idone[a] a soddisfare le attuali esigenze dell'umanità senza pregiudicare la possibilità delle future generazioni di soddisfare le proprie*» (Brundtland Report, *Our Common Future*, documento A/42/427 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite), e «*il diritto allo sviluppo sostenibile deve essere perseguito in modo da soddisfare equamente i bisogni di sviluppo e ambientali delle generazioni presenti e future*» (art. 3 della Dichiarazione di Rio del 1992).

⁴ E, nel caso della tutela dell'ambiente, tutte le azioni (artt. 11 TFUE e 37 CDFUE, su cui v. *infra*), ivi inclusa quella esterna (artt. 3(5) e 21 TUE).

⁵ Per riferimenti v. L. CALZOLARI, *Il contributo della Corte di giustizia alla protezione e al miglioramento della qualità dell'aria*, in *Riv. giur. amb.*, 2021, pp. 803, 822. Per un esempio recente di tale propensione all'unilateralismo v. regolamento (UE) 2023/956 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 maggio 2023, *che istituisce un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere*, in *GU L* n. 130 del 16 maggio 2023, p. 52.

⁶ V. già S.C. BUDLONG, *Article 130r and the permissibility of state aids for environmental compliance in the EEC*, in *Col. J. Trans. Law*, 1992, p. 431.

⁷ Considerazioni di carattere ecologico, infatti, non possono da sole escludere che una misura sia qualificabile come aiuto né, tantomeno, accertare che essa sia compatibile con il mercato interno.

⁸ Comunicazione della Commissione, del 27 gennaio 2022, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, C(2022)481 final, in *GU C* n. 80 del 18 febbraio 2022, p. 1.

⁹ Si pensi all'Accordo di Parigi del 12 dicembre 2015 e alla Risoluzione A/RES/70/01 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, del 25 settembre 2015, *Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile*.

¹⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni dell'11 dicembre 2019, *Il Green Deal europeo*, C(2019)640 final.

matica entro il 2050 sancito nella legge sul clima del 2021¹¹.

Tuttavia, la crescente consapevolezza circa l'emergenza ambientale e climatica ha evidenziato come il cambio di paradigma necessario a farvi fronte richiede l'impegno e il coinvolgimento dell'intera società civile: e, quindi, anche e soprattutto degli operatori economici privati¹². Negli ultimi anni l'attenzione si è pertanto spostata verso il contributo che gli artt. 101 e 102 TFUE possono dare alla causa ambientale: o, viceversa, ci si è chiesti se tali norme, come attualmente applicate da Commissione e Autorità Nazionali della Concorrenza ("ANC"), possano limitare eventuali iniziative private volte a migliorare la sostenibilità di settori economici e filiere produttive¹³. Lungi dal rappresentare una questione accademica, il tema ha iniziato a trovare sempre maggiore diffusione nella prassi, specie a livello nazionale¹⁴: inoltre, numerosi documenti (non solo di diritto soffice¹⁵), tanto a livello nazionale¹⁶ che sovranazionale, hanno iniziato (o ripreso) ad occuparsi del rapporto fra concorrenza e ambiente, ivi incluse le nuove Linee guida della Commissione sugli accordi orizzontali¹⁷.

Se vista in questa prospettiva la questione riguarda in sostanza l'ingresso di un valore extra concorrenziale e non economico (la sostenibilità ambientale) nell'*enforcement* antitrust, ed è a questo tema che è dedicato il presente contributo.

¹¹ Regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 giugno 2021, *che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 («Normativa europea sul clima»)*, in *GU L* n. 243 del 9 luglio 2021, p. 10.

¹² V. ad es. regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2020, *relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088*, in *GU L* n. 198 del 22 giugno 2020, p. 13.

¹³ OECD, *Environmental Considerations in Competition Enforcement*, AF/COMP(2021) 4, 1° dicembre 2021.

¹⁴ Non solo in Europa: G. LAPENTA-M. GIANGASPERO, *Greening Antitrust: Lessons from the ACCC's Authorisation of a Recycling Co-Operation Agreement*, in *JECLAP*, 2021, p. 758.

¹⁵ V. il nuovo § 2, par. 1 del Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005 – KartG 2005), modificato dal legislatore austriaco nel 2021.

¹⁶ Linee guida della Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM), del 26 gennaio 2021, *on Sustainability agreements – Opportunities within competition law*.

¹⁷ Comunicazione della Commissione del 1° giugno 2023, *Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*, C(2023)3445 final, non disponibile in italiano.

2. Il rapporto fra sostenibilità e politica di concorrenza.

Se si esce dal settore degli aiuti di Stato, la relazione fra sostenibilità e concorrenza diviene materia dai confini piuttosto incerti. Come spesso accade quando si tratta di temi – più o meno – innovativi, le opinioni sono del resto piuttosto variegate: si passa dall’approccio “*business as usual*” ad appelli per iniziative fin troppo proattive¹⁸. Tale incertezza traspare anche da alcune dichiarazioni della Commissaria Vestager, la quale, nel 2019, affermava che «*sustainability is at the centre of our politics*»¹⁹, ma già l’anno seguente ricalibrava il ruolo dell’antitrust osservando che «*competition policy is not, and cannot be, in the lead when it comes to making Europe green*»²⁰.

Non stupisce che la Commissione si sia pertanto attivata per capire se e come la politica di concorrenza potesse contribuire agli obiettivi del *Green Deal*, svolgendo consultazioni fra il 2020 e il 2021²¹. Le consultazioni hanno confermato come l’opinione prevalente riconosca la possibilità di integrare la protezione dell’ambiente nell’*enforcement* antitrust. Se l’accordo, anche di Commissione e molte ANC, su tale minimo comune denominatore è ormai assodato, il discorso è diverso quando si passa a valutare le modalità e l’intensità di tale ingresso.

In questo senso, riprendendo una celebre distinzione tipica del mondo antitrust, il rapporto fra concorrenza e ambiente può essere declinato in una duplice prospettiva: tale finalità extra-concorrenziale si può infatti utilizzare

¹⁸ A chi sostiene che sia il legislatore a dover perseguire obiettivi ambientali e non Commissione e ANC (es. E. LOOZEN, *EU antitrust in support of the Green Deal. Why better is not good enough*, in *J. Ant. Enf.*, 2023, p. 1; L. PEEPERKORN, *Competition Policy is not a Stopgap!*, in *JECLAP*, 2021, p. 415; E. LOOZEN, *Strict Competition Enforcement and Welfare: a Constitutional Perspective Based on Article 101 TFEU and Sustainability*, in *C.M.L.R.*, 2019, p. 1265), replica chi ritiene invece necessaria una svolta *green* della politica di concorrenza che ne “rivoluzioni” l’applicazione rispetto alla prospettiva economica (oltre a molti dei lavori citati nel testo v. S. HOLMES, *Climate change, sustainability, and competition law*, in *J. Ant. Enf.*, 2020, p. 354; M. CAMPO COMBA, *EU Competition Law and Sustainability*, in *Erasmus L. Rev.*, 2022, 1).

¹⁹ M. VESTAGER, *Competition and sustainability*, GCLC Conference on Sustainability and Competition Policy, Brussels, 24 ottobre 2019.

²⁰ M. VESTAGER, *The Green Deal and competition policy*, Renew Webinar, 22 settembre 2020.

²¹ Gli esiti delle consultazioni sono riassunti in Commissione – DG Concorrenza, *Competition Policy in Support of Europe’s Green Ambition*, Competition policy brief. 2021-01 del settembre 2021.

come «spada» o come «scudo». Il primo è il caso più problematico e, in particolare con riguardo all'art. 102 TFUE, è stato suggerito dalla ANC greca²², ed è ispirato alla decisione dell'ANC tedesca nel celebre caso *Facebook*²³. Sebbene la legittimità di tale approccio sia stata confermata dalla Corte²⁴, la possibilità di qualificare come anticompetitive mere violazioni di specifiche regole positive (ivi incluse quelle ambientali) lascia qualche perplessità: alla luce delle limitate risorse loro conferite²⁵, sarebbe forse preferibile che Commissione e ANC si concentrassero sulle condotte che, in quanto “solo” anticompetitive, non possono essere perseguite da altre autorità, piuttosto che su condotte che siano anticompetitive come “riflesso” di un diverso illecito²⁶. È inoltre difficile stabilire quali regole positive (o valori sociali²⁷) meritino questo livello aggiuntivo di protezione per il tramite delle autorità antitrust e quali no, con il rischio di aprire il proverbiale vaso di Pandora.

Anche prima dell'*endorsement* della Corte, si potevano in realtà già immaginare alcune ipotesi in cui parrebbe possibile usare la sostenibilità ambientale come «spada». Il riferimento è ad esempio al settore delle concentrazioni, in particolare quando l'operazione possa pregiudicare l'innovazione “green”, riducendo la produzione di prodotti più sostenibili, e quindi i margini di scelta dei consumatori²⁸. Il rilievo delle finalità extra concorrenziali in questo settore è del resto riconosciuta dal regolamento (CE) n. 139/2004²⁹.

²² OECD, *Sustainability and Competition* – Note by Greece del 1° dicembre 2020, §§ 40-45.

²³ Bundeskartellamt, 6 febbraio 2019, B6-22/16, *Facebook*.

²⁴ Corte giust., 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta*, ECLI:EU:C:2023:537, § 48; v. anche le Conclusioni dell'Avvocato generale A. Rantos, del 20 settembre 2022, C-252/21, *Meta*, ECLI:EU:C:2022:704, §§ 41-42.

²⁵ Il problema è riconosciuto dall'art. 5 della direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, *che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno*, in *GU L* n. 11 del 14 gennaio 2019, p. 3.

²⁶ Per riferimenti, v. L. CALZOLARI, *International and EU Antitrust Enforcement in the Age Of Big Data*, in *Dir. comm. int.*, 2017, pp. 855, 864.

²⁷ A favore di un'apertura molto marcata v. A. KORNEZOV, *For a Socially Sensitive Competition Law Enforcement*, in *JECLAP*, 2020, p. 399.

²⁸ Nella prassi vi sono invece alcuni casi in cui la Commissione ha ritenuto che finalità ambientali non consentono, da sole, l'opposizione a concentrazioni che non ostacolino in modo significativo la concorrenza effettiva (v. Decisione della Commissione, del 21 marzo 2018, M.8084 – *Bayer/Monsanto*, (C(2018)1709), §§ 3020-3022).

²⁹ Art. 21 regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, *relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese*, in *GU L* n. 24 del 29 gennaio 2004, p. 1. L'ap-

La fattispecie assomiglia inoltre ad un'ipotesi ben nota, e cioè quella delle *killer acquisition*³⁰, il cui contrasto ha di recente ispirato una lettura estensiva degli artt. 21 e 22 del regolamento (CE) n. 139/2004³¹. In questo caso, inoltre, non sussiste alcuna (lecita³² ma inefficiente) sovrapposizione fra autorità pubbliche: tale analisi prognostica dell'impatto della concentrazione sulla futura qualità (ambientale) degli output di società acquirente e target può essere svolta solo da Commissione e ANC.

Passando al secondo scenario, l'uso della sostenibilità ambientale come «scudo» è stato esaminato soprattutto con riguardo all'art. 101 TFUE. Il timore principale, infatti, è che le imprese potrebbero essere disponibili ad assumere condotte più sostenibili rispetto a quelle imposte dal legislatore (interno o sovranazionale) ma che ciò possa essere ostacolato da un duplice ordine di ragioni. Da un lato, per via di una serie di fallimenti di mercato che caratterizzano la fattispecie in discussione³³, le iniziative unilaterali potrebbero essere frenate dalla paura dell'impresa di avvantaggiare i propri concorrenti meno "green" (*first-mover disadvantage*). Se è noto che il prezzo di rado include tutti i costi ambientali di un prodotto che pertanto non vengono sostenuti dai consumatori (esternalità negative), è altrettanto noto che tali costi rimangono nella sfera di conoscibilità dei produttori (asimmetria informativa), sicché i consumatori neppure percepiscono l'impatto ambientale dei diversi prodotti³⁴. Inoltre, anche ove ne fossero a conoscenza, essi potrebbero ugualmente comportarsi come operatori (ir)razionali: aspirando a

proccio va tuttavia conciliato con quanto si dirà *infra* con riguardo al *first-mover disadvantage* che dovrebbe giustificare un rilassamento dell'art. 101 TFUE. Occorre cioè determinare, nel singolo caso, se la sostenibilità sia o meno un fattore di concorrenza in base alla preferenza dei consumatori per prodotti più sostenibili.

³⁰ Si tratta di quei casi in cui un *incumbent*, sentendosi minacciato da una nuova tecnologia sviluppata da una piccola o nuova impresa, decide di acquistare tale impresa non per investire nello sviluppo della nuova tecnologia ma piuttosto per eliminare la possibile pressione competitiva: l'acquisto del concorrente è quindi finalizzato a porre fine allo sviluppo della nuova tecnologia.

³¹ Corte giust. 16 marzo 2023, C-449/21, *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207, § 53 e Trib. 13 luglio 2022, T-227/21, *Illumina*, ECLI:EU:T:2022:447, § 183.

³² Corte giust., C-252/21, *Meta*, cit., § 44 ss.

³³ C. MURACA, *Tutela della concorrenza e sostenibilità ambientale: un dialogo difficile ma necessario*, in *Riv. reg. merc.*, 2021, pp. 70, 82 ss.; M. GASSLER, *Sustainability, the Green Deal and Art. 101 TFEU: Where We Are and Where We Could Go*, in *JECLAP*, 2021, pp. 430, 431 ss.

³⁴ E cioè il giusto prezzo dei prodotti se tutti i costi ambientali fossero internalizzati nel prezzo.

massimizzare la propria utilità nel breve periodo³⁵, i consumatori potrebbero non “apprezzare” a sufficienza il minor impatto ambientale di un prodotto e preferire le alternative meno *green* ma più economiche³⁶.

Dall'altro lato, l'adozione di iniziative sostenibili collettive da parte di più imprese potrebbe essere frenata dal timore della loro successiva qualificazione come intese (orizzontali o verticali) con il rischio della loro nullità nonché dell'insorgere di una responsabilità antitrust pubblica e privata³⁷.

Per superare questa sorta di dilemma del prigioniero, dove la scelta razionale di ogni impresa è di non attivarsi (in via unilaterale o concordata) per ridurre il proprio impatto ambientale, si è ipotizzato di ricalibrare l'art. 101(1) e (3) TFUE rispetto agli accordi di sostenibilità³⁸, anche orizzontali. La questione è importante perché l'iniziativa dei privati può altresì sopperire all'inerzia, o comunque alle tempistiche, del legislatore. È chiaro, inoltre, che se si guarda all'impatto ambientale, lo scenario preferibile è proprio quello in cui l'iniziativa coinvolge il maggior numero di imprese possibili, poiché maggiore sarà anche l'impatto complessivo dei benefici ambientali. Ma è altrettanto chiaro che questo è anche il caso che solleva le maggiori preoccupazioni antitrust, sicché sul punto si tornerà *infra*.

Prima, tuttavia, va precisato che l'esame dei benefici ambientali può assumere analoga rilevanza anche con riguardo alle altre fattispecie antitrust, come il divieto di condotte abusive unilaterali ovvero il controllo di concentrazioni e aiuti di Stato³⁹. Sebbene non esista un art. 102(3) TFUE, la giurisprudenza ha consentito alle imprese dominanti di invocare le *efficiency defences* per giustificare condotte altrimenti abusive⁴⁰. Quanto verrà discusso

³⁵ V. già G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 1968, vol. 162, p. 1243.

³⁶ La domanda, infatti, non pare essere ancora particolarmente elastica con riguardo agli aumenti dovuti al minore impatto ambientale di un prodotto, e il prezzo rimane il parametro più importante per le scelte dei consumatori (M. SNOEP, *What is fair and efficient in the face of climate change?*, in *J. Ant. Enf.*, 2023, pp. 1, 2).

³⁷ A. GERBRANDY, *Solving a Sustainability-Deficit in European Competition Law*, in *World Comp.*, 2017, pp. 539, 543.

³⁸ È questo il termine utilizzato nelle Linee guida 2023, cit., su cui v. *infra*.

³⁹ Tuttavia, la rilevanza dei benefici ambientali come «scudo» per ottenere l'approvazione di concentrazioni altrimenti di dubbia compatibilità rappresenta un tema non introdotto dalla Commissione nelle consultazioni sopra ricordate (v. nota 21), sicché iniziative in questo ambito appaiono improbabili. In argomento, v. E. DEUTSCHER-S. MAKRIS, *Sustainability concerns in EU merger control: from output-maximising to polycentric innovation competition*, in *J. Ant. Enf.*, 2022, p. 1.

⁴⁰ E. ROUSSEVA, *Reflections on the relevance and proof of efficiency defences in modern*

circa la possibile rilevanza di interessi extra-concorrenziali ai fini dell'art. 101(3) TFUE può pertanto essere traslato, *mutatis mutandis*, anche per verificare se, e con quali limiti, la speciale responsabilità⁴¹ delle imprese dominanti possa “tingersi di verde”⁴².

3. Valori extra-concorrenziali ed *enforcement* antitrust: il ruolo del principio di integrazione.

L'intero dibattito circa la possibilità, modalità e limiti dell'ingresso nell'analisi antitrust di un valore extra-concorrenziale e non economico, come la sostenibilità ambientale, rivela come il tema affondi le radici nella più ampia questione, mai sopita⁴³, degli obiettivi della politica di concorrenza.

Non è questa la sede per approfondire le molteplici teorie, legali, sociali ed economiche, che si sono sviluppate attorno all'individuazione delle finalità del diritto antitrust⁴⁴. È invece sufficiente ricordare che, a partire dagli anni '00, vi è stata una forte pressione per sostituire l'approccio strutturale tipico dell'ordinamento antitrust dell'Unione⁴⁵ con l'approccio *welfarista* di origine statunitense, basato sulla sola analisi economica⁴⁶. Sebbene tale

EU antitrust law, in J. BOURGEOIS-D. WAELBROECK (eds.), *Ten Years of effects-based approach in EU competition law*, Bruxelles, 2012, pp. 242, 271.

⁴¹ Corte giust. 9 novembre 1983, 322/81, *Michelin*, ECLI:EU:C:1983:313, § 57.

⁴² Ci si può chiedere, ad esempio, se l'impresa dominante possa *i*) limitare la produzione ai soli prodotti più ecologici eliminando quelli più inquinanti, che siano tuttavia anche i più economici per i consumatori; *ii*) imporre condizioni diverse ai propri clienti o fornitori in base al loro livello di sostenibilità ambientale, o persino *iii*) rifiutarsi di vendere a (o comprare forniture da) soggetti che non rispettino determinati standard ambientali.

⁴³ Da ultimo, S.W. WALLER, *Lasting change in competition law and policy*, in *J. Ant. Enf.*, 2023, p. 1; J. POLAŃSKI, *A Positive Program for Antitrust? Enforcement in Times of Political Tides*, in *World. Comp.*, 2022, p. 237.

⁴⁴ Anche per i riferimenti v. L. CALZOLARI, *Il sistema di enforcement delle regole di concorrenza dell'Unione europea*, Torino, 2019, p. 11 ss.

⁴⁵ La politica di concorrenza dell'Unione è sempre stata funzionale alla tutela della struttura aperta del mercato. In Europa, quindi, la concorrenzialità non è (solo) un fine ma rappresenta anche un mezzo per perseguire (anche) obiettivi ulteriori spesso di natura non (solo) economica, come la protezione delle libertà individuali (economiche e politiche) nonché la creazione del mercato interno.

⁴⁶ In seguito al successo della Scuola di Chicago, il diritto antitrust statunitense è stato rigidamente orientato alla promozione del *consumer welfare*, e cioè un concetto che, come si trattasse di una ben riuscita antifrasi, viene usato non per indicare le condotte di cui be-

«modernizzazione» sostanziale⁴⁷ del diritto antitrust sia stata frenata dalla Corte⁴⁸, l'approccio (più) economico agli artt. 101 e 102 TFUE ha avuto, proprio negli anni '00, un discreto successo culminato con l'adozione da parte della Commissione di diversi atti in cui è stata recepita la (temporanea) centralità del *consumer welfare*⁴⁹.

Il punto è d'interesse perché vi è un parallelismo fra la (mutevole) influenza esercitata in Europa dalle teorie economiche sopra menzionate e la (altrettanto mutevole) rilevanza riconosciuta (o meno), nell'*assessment* antitrust, agli effetti ambientali delle condotte⁵⁰. Prima che l'incanto per il *consumer welfare* si diffondesse anche in Europa, l'esame degli effetti ambientali era già stato ammesso, tanto nella prassi, quanto in alcuni atti di *soft law*. Sul punto si tornerà nel prossimo paragrafo, ma un esempio paradigmatico del rapporto altalenante fra antitrust e sostenibilità ambientale emerge dalle diverse versioni delle Linee guida sugli accordi orizzontali susseguitesesi nell'ultimo ventennio.

Nelle Linee guida del 2001⁵¹ vi era infatti un'intera sezione dedicata agli accordi ambientali. Vi erano descritte una serie di ipotesi in cui l'ottenimento di benefici ambientali poteva condurre taluni accordi fra concorrenti fuori dal perimetro dell'art. 101 TFUE⁵² o, quantomeno, renderne possibile l'esenzione *ex art.* 101(3) TFUE⁵³. Pur nei limiti che si vedranno, si riconosceva pertanto la possibilità di bilanciare gli effetti anticompetitivi di un ac-

neficiano i consumatori ma piuttosto quelle che permettono di ottenere l'efficienza allocativa.

⁴⁷ Per distinguerla dalla modernizzazione procedurale realizzata dal regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, *concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato*, in *GU L* n. 1 del 4 gennaio 2003, p. 1.

⁴⁸ Pur con qualche oscillazione (Trib. 27 settembre 2006, T-168/01, *GlaxoSmithKline*, ECLI:EU:T:2006:265, § 147) la Corte ha sì riconosciuto l'opportunità di una maggiore attenzione all'analisi economica (Corte giust. 6 settembre 2017, C-413/14 P, *Intel*, ECLI:EU:C:2017:632, §§ 137-138), ma ha sempre ribadito che gli artt. 101 e 102 TFUE non perseguono il *consumer welfare* ma tutelano «*la struttura del mercato, e in tal modo, la concorrenza in quanto tale*» (da ultimo Corte giust. 12 gennaio 2023, C-883/19 P, *HSBC*, ECLI:EU:C:2023:11, § 121).

⁴⁹ V. *infra* le note 54 e 55.

⁵⁰ Più in generale A. GERBRANDY, *Solving a Sustainability-Deficit.*, cit., p. 547.

⁵¹ Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale*, in *GU C* n. 3 del 6 gennaio 2001, p. 2.

⁵² Linee guida 2001, cit., §§ 184-187.

⁵³ Linee guida 2001, cit., §§ 192-197.

cordo con quelli ambientali, e dunque con un parametro difficilmente valutabile in termini (solo) economici.

Sulla scorta dell'adozione di alcuni atti in cui la centralità del *consumer welfare* si manifestava con particolare forza⁵⁴, e portando a compimento la parabola dell'approccio economico in Europa, le Linee guida del 2011 non includevano più alcun riferimento agli accordi ambientali⁵⁵. La Commissione ha sempre negato che si trattasse di una riforma sfavorevole per gli accordi ambientali ai quali rimanevano infatti applicabili altre sezioni favorevoli delle Linee guida⁵⁶.

Tuttavia, la scelta della Commissione appare tutt'altro che neutra sotto il profilo della *policy*, corrispondendo piuttosto a una chiara indicazione strategica⁵⁷: gli accordi ambientali comportano, per definizione, benefici di portata generale, spesso realizzati fuori dal "mercato", e che mal si conciliano con l'efficienza allocativa. Se l'*enforcement* dell'art. 101 TFUE si fonda sull'analisi economica di breve periodo, e cioè in sostanza sugli effetti sui prezzi delle condotte esaminate, lo spazio per finalità (in tutto o in parte) extra-economiche si riduce⁵⁸.

In definitiva, chiusa la parentesi *welfarista*, l'ordinamento antitrust dell'Unione appare – di nuovo – pronto e "meglio posizionato" rispetto ad al-

⁵⁴ Nelle Linee guida sull'art. 101(3) TFUE si afferma che l'obiettivo di tale norma «è tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un'allocatione efficiente delle risorse» (Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato*, in *GUC* n. 101 del 27 aprile 2004, p. 97, § 13). Nella riforma della disciplina delle concentrazioni, viene riservata una maggiore attenzione agli effetti in termini di efficienza (cfr. regolamento (CE) n. 139/2004, cit.).

⁵⁵ Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, in *GUC* n. 11 del 14 gennaio 2011, p. 1.

⁵⁶ Come le sezioni sugli accordi R&D e sugli accordi di normazione (Linee guida 2011, cit., rispettivamente §§ 111-149 e 257-335).

⁵⁷ Come resto dimostrato dalla "codificazione" del caso *CECED*, di cui si dirà *infra* (v. il testo attorno alle note 105-108).

⁵⁸ Se non interpretando la nozione di *consumer welfare* in modo ampio (e diverso dall'efficienza allocativa) e ritenere che esso «*inherently encompasses sustainability goals since it is the welfare of consumers that is ultimately at stake*» (D. WOUTERS, *Which Sustainability Agreements Are Not Caught by Article 101 (1) TFEU?*, in *JECLAP*, 2021, pp. 257, 260). *Amplius* R. INDERST-S. THOMAS, *The Scope and Limitations of Incorporating Externalities in Competition Analysis Within a Consumer Welfare Approach*, in *World Comp.*, 2022, p. 351.

tri⁵⁹ per recepire il valore extra-economico della sostenibilità ambientale nella politica di concorrenza⁶⁰. Fin dal Trattato di Roma, infatti, essa è stata sempre aperta alla valorizzazione di istanze non (solo) economiche affianco a quelle tipiche dell'antitrust. Il passaggio all'"approccio ecologico" da quello economico rappresenta, pertanto, una sorta di "ritorno alle origini", in cui gli artt. 101 e 102 TFUE sono di nuovo applicati in vista di esigenze più ampie rispetto alla sola efficienza allocativa⁶¹.

Anche (e soprattutto) grazie ai già citati artt. 11 TFUE e 37 CDFUE⁶², tutela e sostenibilità ambientale non possono che assumere un ruolo prioritario fra tali finalità extra-economiche: il principio di integrazione marca, infatti, una netta differenza fra esse e tutte le altre esigenze politico-sociali. Il tema è rilevante anche perché, di recente, diverse politiche materiali sono entrate "prepotentemente" all'interno dell'*assessment* antitrust. Oltre al già

⁵⁹ In sintesi, «*se per molto tempo l'esigenza di favorire l'integrazione tra Stati Membri ha influito sull'interpretazione e applicazione delle norme antitrust, oggi un ruolo simile potrebbe spettare alle nuove priorità dell'Unione, tra le quali indubbiamente troviamo la tutela ambientale e la lotta ai cambiamenti climatici*» (C. MURACA, *Tutela della concorrenza*, cit., p. 81). Per contro, se l'antitrust è orientato al *consumer welfare*, i parametri rilevanti per valutare una condotta sono gli effetti a breve termine su prezzi e produzione: si tratta di un quadro di riferimento meno adatto ad esaminare gli accordi di sostenibilità (A. GERBRANDY, *Solving a Sustainability-Deficit.*, cit., p. 560; in generale v. J. BLOCKX, *The Limits of the 'More Economic' Approach to Antitrust*, in *World Comp.*, 2019, p. 475).

⁶⁰ V. già M.W. GEHRING, *Competition for Sustainability: Sustainable Development Concerns in National and EC Competition Law*, in *Rev. Eur. Comp. & Int'l Env'tl. L.*, 2006, p. 172.

⁶¹ Si tratta di uno scenario da più parti auspicato, laddove «*being a political creation, competition law is inherently susceptible to a wide range of domestic societal variants*» (A. EZRACHI, *Sponge*, in *J. Ant. Enf.*, 2017, pp. 49, 51). Ciò non significa che possibili contrasti non si possano realizzare anche fra finalità ambientali e finalità tipiche dell'ordinamento antitrust dell'Unione. Si pensi alle esternalità negative causate dagli "eroi del mercato interno", e cioè gli importatori paralleli, per via del moltiplicarsi dei trasporti.

⁶² Secondo l'art. 11 TFUE «[l]e esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile». La formulazione dell'art. 37 CDFUE è più incisiva, giacché esso sancisce che ciò che deve essere oggetto di integrazione non sono (solo) le «*esigenze connesse con la tutela dell'ambiente*», ma «[u]n livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità», che infatti «*devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile*».

citato caso *Meta* in tema di dati personali⁶³, si pensi al risalto dato alla politica culturale⁶⁴ e sportiva⁶⁵.

Se l'attrazione di tali – pur importanti – finalità sociali nell'analisi anti-trust può suscitare qualche perplessità⁶⁶, la questione si pone diversamente per la tutela dell'ambiente proprio in virtù del principio di integrazione. Si tratta di un *unicum* nel diritto primario dell'Unione che assicura, il più possibile, il coordinamento fra azione ambientale e tutte le altre politiche dell'Unione (nessuna esclusa, e quindi compresa la concorrenza) che possano interferire con la tutela ambientale⁶⁷. Pur non comportando il primato della prima sulle seconde⁶⁸, il principio di integrazione contraddistingue la politica ambientale da tutte le altre azioni dell'Unione: una (più o meno marcata) svolta *green* della politica di concorrenza troverebbe quindi nel Trattato una giustificazione giuridica più forte rispetto alle altre esigenze sociali.

4. Accordi ambientali e art. 101 TFUE: spunti dalla prassi applicativa.

L'analisi della prassi è utile non solo per delineare l'approccio fino ad ora seguito dalle principali autorità antitrust⁶⁹, ma anche per evidenziare alcuni dei principali profili problematici in seguito affrontati anche nelle nuove Linee guida sugli accordi orizzontali del 2023 e in alcuni analoghi documenti

⁶³ Corte giust., C-252/21, *Meta*, cit.

⁶⁴ Secondo il Tribunale, l'art. 167(4) TFUE fa sì che «*in the application of Article 81 EC, the Commission is required to take into consideration the objective of respecting and promoting cultural diversity, in particular where the application of that article concerns an activity linked to culture*» (Trib. 12 aprile 2013, T-451/08, *Stim*, ECLI:EU:T:2013:189, § 73, non disponibile in italiano).

⁶⁵ Infatti, «*le caratteristiche specifiche dello sport figuranti all'articolo 165 TFUE*» potrebbero «*risultare pertinenti, segnatamente ai fini della valutazione di eventuali giustificazioni delle restrizioni della concorrenza*» causate dalle federazioni sportive (Conclusioni dell'Avvocato generale A. Rantos del 15 dicembre 2022, C-124/21 P, *International Skating Union*, ECLI:EU:C:2022:988 § 38).

⁶⁶ V. il testo attorno alla nota 26.

⁶⁷ F. MUNARI-L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente*, cit., p. 82.

⁶⁸ In senso in parte contrario O. ANDRIYCHUK, *The Concept of Sustainability in EU Competition Law: A Legal Realist Perspective*, in *YARS*, 2021, pp. 11, 15.

⁶⁹ Per una panoramica v. J. MALINAUSKAITE, *Competition Law and Sustainability: EU and National Perspectives*, in *JECLAP*, 2022, p. 336.

adottati a livello nazionale. L'obiettivo di questo paragrafo è, in sostanza, quello di rispondere a due domande e cioè se, in determinate circostanze, un accordo che abbia effetti ambientali positivi possa non rientrare nel divieto posto dall'art. 101 TFEU⁷⁰, ovvero in alternativa essere giustificato ex art. 101(3) TFEU.

La prima questione è quella che pone i pericoli maggiori sotto il profilo antitrust. In un mondo in cui la prospettiva è quella dei profitti trimestrali e gli amministratori devono perseguire lo *shareholder value*, sarebbe (purtroppo) *naïve* ritenere che, da ora in avanti, le imprese mettano l'ambiente al centro dei propri interessi. Il diffondersi dell'approccio "più ecologico" al diritto antitrust potrebbe allora presentare più rischi che benefici: come dimostrato dai primi casi di *greenwashing*⁷¹, le imprese tendono infatti a esagerare le proprie performance ambientale. Traslando quanto sopra nel settore antitrust, vi è il rischio che un approccio troppo rilassato al divieto di cartelli – purché *green*⁷² – sia visto dalle imprese come un'occasione per aumentare i profitti⁷³, piuttosto che la sostenibilità⁷⁴.

Tale rischio si è peraltro concretizzato nel caso dei *Detersivi per i consumatori*⁷⁵, molto citato da chi sottolinea le difficoltà di "credere" agli impegni *green* delle imprese⁷⁶. Nel 1998, la principale associazione europea di produttori di detersivi elaborava un codice di condotta mediante cui tali imprese si

⁷⁰ In argomento D. WOUTERS, *Which Sustainability*, cit., p. 257.

⁷¹ A livello interno v. Trib. Gorizia, ord. 26 novembre 2021, in *Giur. comm.*, 2022, p. 1262.

⁷² N.J. PHILIPSEN, *Exempting Green Cartels from Competition Law? Competition versus Regulation in Times of Sustainability*, in P. MELIN-S. SCHOENMAEKERS-S. CARRERA-Y. MICHIELSEN, *The Art of Moving Borders. Liber Amicorum Hildegard Schneider*, The Hague, 2022, p. 309.

⁷³ C. MURACA, *Tutela della concorrenza*, cit., p. 75.

⁷⁴ L'approccio più ecologico al diritto antitrust comporterebbe pertanto "*minimum sustainability benefits for maximum prices*" (M. SCHINKEL-L. TREUREN, *Green Antitrust: Friendly Fire in the Fight against Climate Change*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper, 2020, pp. 1-25).

⁷⁵ Sintesi della decisione della Commissione, del 13 aprile 2011, COMP/39.579 – *Detersivi per i consumatori*, C(2011) 2528 def., in *GU C* n. 193 del 2 luglio 2011, p. 14.

⁷⁶ Per un'altra ipotesi di "cartello ambientale" v. la sintesi della decisione della Commissione, dell'8 luglio 2021, AT.40178 – *Emissioni delle autovetture*, C(2021)4955 def., in *GU C* n. 458 del 12 novembre 2021, p. 16, dove la Commissione ha sanzionato cinque case automobilistiche che, pur possedendo la tecnologia necessaria a ridurre le emissioni nocive oltre quanto richiesto dalla normativa sulle emissioni, hanno attuato un'intesa per ritardare l'adozione di tali tecnologie.

impegnavano ad adottare una serie di buone pratiche per ridurre l'impatto ambientale dei detersivi (es. riducendo dosaggio ed imballaggio), andando oltre quanto richiesto dalla normativa vigente⁷⁷. Ovviamente l'iniziativa non prevedeva (né permetteva) che le imprese discutessero aspetti rilevanti sotto il profilo della concorrenza, come i prezzi. Grazie a una richiesta di immunità presentata nel 2008 da una delle imprese coinvolte, tuttavia, la Commissione apprendeva che l'iniziativa *green* era stata sfruttata dai partecipanti come volano per la creazione di un cartello: le imprese si erano infatti accordate affinché nessuna utilizzasse l'iniziativa per acquisire un vantaggio competitivo sulle altre cosicché le posizioni sul mercato rimanessero invariate⁷⁸.

Sebbene il vero insegnamento di questa decisione sia stato ben sottolineato in letteratura⁷⁹, il caso evidenzia i rischi operativi, specie quando ci si muova all'interno dell'art. 101(1) TFUE. Gli spazi entro cui un'iniziativa ecocompatibile può esulare dal divieto di intese sono, e devono restare, piuttosto ridotti.

Le citate Linee guida sugli accordi orizzontali del 2001 ipotizzavano tre fattispecie. Il minimo comune denominatore era l'ineidoneità di tali accordi ad incidere sui parametri di concorrenza (prezzo, quantità, qualità, ecc.). Si trattava in particolare degli accordi *i*) con impegni generici a contribuire a un obiettivo ambientale senza vincoli (tecnici ed economici) sulle modalità per raggiungerlo così riducendo i rischi collusivi su tali aspetti della produzione⁸⁰, *ii*) volti a stabilire le prestazioni ambientali di prodotti, purché non idonei ad incidere in modo significativo sulla loro diversità o aventi un impatto marginale sulle scelte dei consumatori⁸¹, nonché *iii*) volti a creare un nuovo mercato (es. quello del riciclo)⁸².

⁷⁷ V. la Raccomandazione della Commissione n. 98/480/CE, del 22 luglio 1998, *sulla buona pratica ambientale relativa ai detersivi da bucato per uso domestico*, C(1998) 2163, in *GU L* n. 215 del 1° agosto 1998, p. 73.

⁷⁸ Decisione, C(2011) 2528, cit.

⁷⁹ G. MONTI, *Four Options for a Greener Competition Law*, in *JECLAP*, 2020, pp. 124, 127.

⁸⁰ Linee guida 2001, cit., § 185. Si tratta della codificazione dei casi *ACEA*, *JAMA* e *KAMA* di poco precedenti, dove la Commissione aveva escluso l'applicazione dell'art. 101 TFUE agli impegni di riduzione delle emissioni di CO₂ proposte da diverse associazioni di case automobilistiche poiché si trattava di impegni collettivi e non delle singole case, le quali rimanevano inoltre libere di sviluppare in modo indipendente le tecnologie necessarie a rispettarli (v. Commissione Europea, *XXIX Relazione sulla politica di concorrenza 1999*, Bruxelles-Lussemburgo, 2000, p. 174).

⁸¹ Linee guida 2001, cit., § 186.

⁸² Linee guida 2001, cit., § 187.

Un caso diverso, e anche per questo interessante, è quello del *Garden Retail Sector* deciso dall'ACM⁸³ nel 2022⁸⁴. I principali rivenditori nel settore del giardinaggio si accordavano per “boicottare” i produttori di piante coltivate con pesticidi illegali. Ogni rivenditore si impegnava a effettuare controlli a campione sulle piante acquistate e, in caso di positività ai pesticidi illegali, a rifiutare i prodotti e informare gli altri rivenditori. Il produttore scoperto a fornire piante coltivate con prodotti illegali poteva riprendere le forniture solo dichiarando di aver cessato tale pratica e dimostrando le azioni intraprese per evitare nuovi illeciti. Oltre a riconoscere il contributo dell'accordo alla sostenibilità⁸⁵, l'ACM ha ritenuto che esso esulasse dall'art. 101(1) TFUE: poiché la concorrenza dei produttori che subiscono il “boicottaggio” non si basa sul merito ma sulla violazione di regole ambientali, essa non è protetta dalle regole antitrust⁸⁶.

Basandosi sull'applicazione analogica agli accordi ambientali di alcuni principi sanciti dalla Corte di giustizia, in letteratura si sono immaginate alcune ulteriori soluzioni ancora più favorevoli. Le ipotesi spaziano da una sorta di esclusione totale dall'art. 101(1) TFUE sulla falsariga del caso *Albany*⁸⁷ alla possibilità di ritenere compatibili, in virtù di un test interno all'art. 101(1) TFUE come in *Wouters*⁸⁸ e *Meca Medina*⁸⁹, le restrizioni proporzionali a raggiungere un obiettivo ambientale. Se la prima soluzione è forse esagerata, la seconda è d'interesse poiché renderebbe applicabile un test di compatibilità simile a quello utilizzato per le restrizioni alle libertà economiche fondamentali, e dunque meno formalistico (e più morbido) rispetto a quello *ex art.* 101(3) TFUE⁹⁰, sul quale è ora opportuno soffermarsi.

Introducendo una sorta di *rule of reason* nell'art. 101 TFUE, tale norma

⁸³ V. nota 16.

⁸⁴ Comunicato stampa ACM, del 2 settembre 2022, *ACM agrees to arrangements of garden centers to curtail use of illegal pesticides*.

⁸⁵ Lettera ACM, del 2 settembre 2022, *in response to sustainability initiative about reduction of illegal pesticides in garden retail sector*.

⁸⁶ Pur condivisibile, l'approccio della ANC olandese non è allineato alla giurisprudenza della Corte secondo cui è illecito anche il cartello che esclude dal mercato un'impresa che vi opera illegalmente (Corte giust. 7 febbraio 2013, C-68/12, *Slovenská sporiteľňa*, ECLI:EU:C:2013:71, §§ 18-21).

⁸⁷ Corte giust. 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany*, ECLI:EU:C:1999:430, §§ 59-60.

⁸⁸ Corte giust. 19 febbraio 2002, C-309/99, *Wouters*, ECLI:EU:C:2002:98, § 110.

⁸⁹ Corte giust. 18 luglio 2006, C-519/04 P, *Meca-Medina*, ECLI:EU:C:2006:492, § 45.

⁹⁰ *Inter alia* E. VAN DER ZEE, *Quantifying Benefits of Sustainability Agreements Under Article 101 TFEU*, in *World Comp.*, 2020, pp. 189, 195 ss.

esenta dal divieto di intese gli accordi che, pur distorsivi della concorrenza, creino benefici oggettivi che ne compensino gli effetti anticompetitivi, purché siano rispettate due condizioni positive e due negative. Da un lato, oltre a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, l'accordo deve riservare agli utilizzatori una congrua parte dell'utile creato. Dall'altro lato, la restrizione deve essere indispensabile per raggiungere tali obiettivi e, in ogni caso, la concorrenza non deve essere eliminata. Con riguardo agli accordi ambientali le difficoltà sorgono soprattutto con riguardo alla seconda condizione positiva: tutto ruota, infatti, attorno alla difficoltà di adattare le nozioni di «utilizzatori», «utile» e «congrua parte» a uno scenario in cui i vantaggi dell'accordo sono difficilmente misurabili in termini economici⁹¹ e, soprattutto, non limitati a un singolo mercato, beneficiando l'intera collettività e persino le generazioni future.

Il problema, beninteso, non riguarda la possibilità di includere nella nozione di «utile» anche i benefici ambientali. La prassi, anche risalente, è infatti ricca di esempi in cui tali benefici extra-economici sono stati valorizzati dalla Commissione per corroborare, assieme ad altri profili più tipici dell'analisi antitrust, la compatibilità di un accordo ex art. 101(3) TFUE. Ad esempio, nei casi *Carbon Gas Technologie*, *Exxon c. Shell* e *Philips c. Osram*, tutti relativi ad accordi di *joint-venture*⁹², la Commissione ha valutato profili quali il minor impatto ambientale del gas rispetto al carbone⁹³, la riduzione nell'uso di materie prime e dei residui di materie plastiche⁹⁴, nonché il minor inquinamento atmosferico derivante dall'impiego di impianti produttivi più puliti⁹⁵.

⁹¹ Per un'analisi, A. GERBRANDY, *Solving a Sustainability-Deficit*, cit., p. 546 ss. In generale, v. A. CLAICI-J. LUTZ, *Beyond the Policy Debate: How to Quantify Sustainability Benefits in Competition Cases: Lessons Learned from Environmental Economics*, in *Eur. Comp. & Reg. L. Rev.*, 2021, p. 200; R. INDERST-S. THOMAS, *Integrating Benefits from Sustainability into the Competitive Assessment—How Can We Measure Them?*, in *JECLAP*, 2002, p. 705.

⁹² L'ordinamento dell'Unione non era dotato di un sistema di controllo sulle concentrazioni, realizzato con il regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, in *GU L* n. 395 del 30 dicembre 1989, p. 1.

⁹³ Decisione n. 83/669/CEE della Commissione, dell'8 dicembre 1983, IV/29.955 – *Carbon Gas Technologie*, in *GU L* n. 376 del 31 dicembre 1983, p. 17, § B.1.

⁹⁴ Decisione n. 94/322/CE della Commissione, del 18 maggio 1994, IV/33.640 – *Exxon/Shell*, in *GU L* n. 144 del 9 giugno 1994, p. 20, §§ 67-68.

⁹⁵ Decisione n. 94/986/CE della Commissione, del 21 dicembre 1994, IV/34.252 – *Philips-Osram*, in *GU L* n. 378 del 31 dicembre 1994, p. 37, § 27.

La questione, tuttavia, si complica quando si valuti se le finalità ambientali possano rappresentare la *ratio decidendi* di una decisione ex art. 101(3) TFUE, e non solo un argomento *ad abundantiam*. Anche ammesso che i benefici ambientali possano rappresentare l'«utile», resta da valutare chi, e in che modo, ne debba beneficiare, e dunque quali soggetti si possano includere nella nozione di «utilizzatori» e come si misuri la «congrua parte» dell'utile che deve essere loro riservato, anche al fine del suo bilanciamento con l'effetto distorsivo. Si tratta di questioni su cui la Corte di giustizia non si è ancora pronunciata, e che per il momento nella (limitata) prassi applicativa hanno trovato soluzioni almeno in parte divergenti.

Un esempio significativo è rappresentato dal noto caso *CECED*⁹⁶. La fattispecie riguardava la conclusione, fra i principali produttori di elettrodomestici, di un accordo di *phase-out* per la vendita e l'importazione delle lavatrici in classi energetiche meno efficienti. L'accordo avrebbe ridotto il consumo di energia⁹⁷ e le emissioni di CO₂, SO₂ e N₂O⁹⁸. Pur qualificando l'accordo come una restrizione per oggetto dell'art. 101 TFUE per via del suo effetto sui prezzi⁹⁹, la Commissione ne analizzava i benefici, sia dal punto di vista individuale degli acquirenti di lavatrici, sia – ed è ciò che interessa – nella prospettiva della società nel suo complesso. Sotto quest'ultimo profilo, la Commissione precisava che i costi del (mancato) inquinamento potevano essere valutati ai sensi dell'art. 101(3) TFUE¹⁰⁰. Quantificati in precisi termini economici i mancati danni che le emissioni di CO₂, SO₂ e N₂O avrebbero causato¹⁰¹, la Commissione concludeva che i benefici per la società fossero sette volte superiori ai maggiori costi per l'acquisto delle nuove lavatrici¹⁰².

Il punto più interessante è che la Commissione sembrava riconoscere che i benefici collettivi potessero essere sufficienti per la compatibilità dell'accordo, senza bisogno di esaminarne gli effetti sulla posizione degli utilizzatori diretti, e cioè gli acquirenti di lavatrici¹⁰³. Un esame più approfondito

⁹⁶ Decisione n. 2000/475/CE della Commissione, del 24 gennaio 1999, IV.F.1/36.718 – *CECED*, in *GU L* n. 187 del 26 luglio 2000, p. 47.

⁹⁷ In misura non inferiore al 15-20% (Decisione n. 2000/475/CE, cit., § 47).

⁹⁸ Rispettivamente per 3,5 milioni di tonnellate di CO₂, 17.000 tonnellate di SO₂ e 6.000 tonnellate di N₂O (Decisione n. 2000/475/CE, cit., § 51).

⁹⁹ Decisione n. 2000/475/CE, cit., § 34.

¹⁰⁰ Decisione n. 2000/475/CE, cit., § 55.

¹⁰¹ Decisione n. 2000/475/CE, cit., § 56.

¹⁰² Decisione n. 2000/475/CE, cit., § 56.

¹⁰³ Infatti, «[q]uesti risultati ambientali derivanti alla società garantirebbero a tutti i

della decisione, tuttavia, rivela che l'apertura era solo un *obiter dictum*: l'accordo, infatti, è dichiarato compatibile perché anche gli acquirenti diretti ne avrebbero beneficiato, rientrando del sovrapprezzo grazie ai minori consumi energetici¹⁰⁴.

Come anticipato, tale caso è stato “codificato” nelle varie edizioni delle Linee guida sugli accordi orizzontali. Se la versione del 2001 andava persino oltre la *ratio decidendi* del caso *CECED* quasi eliminando la priorità dei vantaggi individuali su quelli ambientali e collettivi¹⁰⁵, la situazione cambia in modo radicale nel 2011. Nonostante l'eliminazione della sezione sugli accordi ambientali, un esempio calibrato sul caso *CECED* è incluso nella sezione sugli accordi di normazione¹⁰⁶. Pur ammettendo la possibilità di valutare benefici collettivi realizzati su mercati diversi da quello oggetto dell'accordo (purché a questo collegati), le Linee guida del 2011 “dimenticano” di inserirvi i benefici ambientali¹⁰⁷. In altri termini, vengono ampliate le tipologie di risparmio economico dei consumatori che possono essere valutate *ex art.* 101(3) TFUE, ma vengono ignorati i benefici ambientali collettivi che erano invece stati bene evidenziati in *CECED*¹⁰⁸.

Se, pur con riguardo a fattispecie diverse da quelle di cui si discute, la Corte di giustizia ha nel frattempo chiarito che la compatibilità di un accordo *ex art.* 101(3) TFUE richiede la prova di un qualche vantaggio per tutti gli utilizzatori diretti¹⁰⁹, l'individuazione e la quantificazione dei benefici

consumatori una congrua parte dei benefici, anche se non creerebbero benefici per l'acquirente individuale delle lavatrici» (Decisione n. 2000/475/CE, cit., § 56).

¹⁰⁴ Decisione n. 2000/475/CE, cit., § 52.

¹⁰⁵ Le Linee guida del 2001 sembravano infatti attribuire la stessa rilevanza ai benefici economici «*a livello individuale o aggregato*», purché nel complesso l'accordo determinasse «*benefici netti, in termini di riduzione della pressione sull'ambiente, rispetto ad una situazione di base in cui non viene adottata alcuna iniziativa*» (Linee guida 2001, § 193). L'esame dei benefici veniva divisa in due fasi, prevedendo che, ove non vi fosse un vantaggio per gli utenti diretti, «*si rende necessaria un'analisi costi-benefici al fine di valutare se, date determinate ipotesi realistiche, è ragionevole supporre che si otterrà un beneficio netto per i consumatori in generale*» (Linee guida 2001, § 194).

¹⁰⁶ Linee guida 2011, §§ 257-335.

¹⁰⁷ I vantaggi del *phase-out* delle lavatrici più obsolete sono individuati nella disponibilità di più programmi di lavaggio e nei minori consumi (di acqua, detersivi ed elettricità) per gli utenti che acquisteranno una lavatrice (cfr. Linee guida 2011, § 329).

¹⁰⁸ G. MONTI, *Four Options*, cit., p. 126.

¹⁰⁹ Nei mercati a più versanti, infatti, una parte di utile (ma non necessariamente in misura paritaria, Corte giust. 11 settembre 2014, C-382/12 P, *MasterCard*, ECLI:EU:C:2014:2201, § 248) deve essere condiviso almeno con tutte le categorie di utilizzatori diretti attive

ambientali sono state oggetto di alcuni casi a livello nazionale. Fra i più celebri, ci sono le decisioni rese, ancora una volta dall'ACM, nei casi *SER Energieakkoord*¹¹⁰ e *Chicken of Tomorrow*¹¹¹.

Il primo caso riguardava l'accordo fra quattro produttori di energia elettrica per la chiusura di alcune centrali a carbone. Pur garantendo una riduzione annua delle emissioni di CO₂, SO₂ e NO_x, l'accordo avrebbe portato a una diminuzione di circa il 10% della produzione di energia e, quindi, all'aumento dei prezzi dell'elettricità. L'ACM concludeva pertanto che i benefici ambientali non fossero sufficienti a compensare gli aumenti di prezzo. Il punto cruciale dell'analisi è in realtà legato al regime ETS¹¹²: solo le riduzioni di SO₂ e NO_x rappresentavano infatti un beneficio netto per l'ambiente; grazie alla commerciabilità delle relative quote, le minori emissioni di CO₂ potevano invece essere utilizzate altrove, dando luogo a un trasferimento più che a una riduzione di emissioni¹¹³.

Il secondo caso riguardava un accordo fra allevatori, imprese di trasformazione agroalimentare e supermercati per migliorare – in modo piuttosto modesto – le condizioni di vita dei polli. L'accordo prevedeva che i supermercati non potessero più vendere i polli allevati secondo standard – leciti ma – meno protettivi per il benessere animale. L'accordo avrebbe quindi determinato l'aumento dei prezzi, impedendo la vendita dei polli allevati in modo (ancora) più intensivo, e quindi più economici. Riconosciuta la natura *prima facie* restrittiva dell'accordo, l'ACM ammetteva la rilevanza del benessere animale come beneficio extra-economico e procedeva alla sua quantificazione in base alla disponibilità a pagare dei consumatori per tale miglioramento. Dall'indagine emergeva che i consumatori erano disponibili a pagare un sovrapprezzo, che tuttavia era inferiore all'aumento che avrebbe subito la carne di pollo¹¹⁴. Con-

su tali versanti (Trib. 24 maggio 2012, T-111/08, *MasterCard*, ECLI:EU:T:2012:260, § 228).

¹¹⁰ Comunicato stampa ACM, del 26 settembre 2013, *ACM: deal over closing down coal power plants harms consumers*.

¹¹¹ Comunicato stampa ACM, del 26 gennaio 2015, *Industry-wide arrangements for the so-called Chicken of Tomorrow restrict competition*.

¹¹² Direttiva n. 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, *che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio*, in *GU L* n. 275 del 25 ottobre 2003, p. 32.

¹¹³ Consultation document ACM, del 26 settembre 2013, *ACM analysis of closing down 5 coal power plants as part of SER Energieakkoord*.

¹¹⁴ Consultation document ACM, del 26 gennaio 2015, *ACM's analysis of the sustainability arrangements concerning the 'Chicken of Tomorrow'*.

cludendo pertanto che i benefici extra-economici non fossero sufficienti a compensare la distorsione competitiva, l'ACM vietava l'accordo.

Il caso è interessante (almeno) per due ordini di ragione. Da un lato, la decisione rivela come l'approccio a livello nazionale sia talvolta più "coraggioso" rispetto a quello della Commissione: non sembra, infatti, che l'ACM ritenesse necessario alcun beneficio economico diretto per gli acquirenti di carne di pollo; se i consumatori avessero dimostrato di apprezzare sufficientemente il prodotto più sostenibile, l'effetto sul benessere animale sarebbe stato sufficiente per la compatibilità dell'accordo. Dall'altro lato, tuttavia, ciò dimostra in modo lapalissiano l'erroneità del modello utilizzato per tentare di quantificare in termini economici il beneficio rappresentato dal maggiore benessere animale, e cioè chiedere ai consumatori. Se i consumatori fossero disponibili a pagare il sovrapprezzo per la sostenibilità, non ci sarebbe alcun fallimento di mercato e le dinamiche competitive avrebbero già portato a risultati probabilmente migliori di quelli oggetto dell'accordo.

5. Le Linee guida sugli accordi orizzontali del 2023.

L'affiorare nella prassi dei primi casi in cui la sostenibilità ambientale, in particolare di accordi fra concorrenti, è stata oggetto di analisi delle autorità antitrust è solo uno dei riflessi mediante cui, nell'ultimo periodo, si è iniziata concretizzare l'attenzione per questa problematica. L'esito negativo di molti di questi casi ha peraltro rafforzato la preoccupazione che le regole di concorrenza potessero in effetti ostacolare le iniziative private per la sostenibilità ambientale, così pregiudicando il raggiungimento degli obiettivi del *Green Deal*.

La seconda linea di sviluppo è quindi stata quella dell'azione "regolatoria" da parte di molte ANC, le quali hanno cominciato ad adottare documenti di *policy* e linee guida, non solo per stimolare il dibattito ma anche per cercare di fornire agli operatori dei primi chiarimenti in materia. Forse anche per via dei casi sopra discussi, una delle ANC più attive è stata l'ACM, la quale ha adottato delle Linee guida piuttosto favorevoli all'ingresso delle finalità ambientali nell'*assessment* antitrust¹¹⁵. Sebbene tali Linee guida lascino un certo margine anche per l'inapplicabilità *tout court* del divieto di

¹¹⁵ Linee guida ACM *on Sustainability*, cit. Cfr. A. MOLITERNI, *Antitrust e ambiente ai tempi del Green Deal: il caso dei "sustainability agreements"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, p. 354.

intese¹¹⁶, l'aspetto più rilevante riguarda l'equivalente interno dell'art. 101(3) TFUE: non solo viene ammessa la rilevanza dei vantaggi collettivi per la società¹¹⁷, ma si osserva altresì che la piena compensazione degli utenti diretti non sempre è necessaria e, talvolta, persino ingiusta¹¹⁸.

Un'esperienza altrettanto interessante è quella austriaca. Cogliendo l'occasione del recepimento della citata direttiva (UE) n. 1/2019, il legislatore nazionale ha infatti intrapreso una più ampia e "coraggiosa" revisione della legge antitrust. All'equivalente interno dell'art. 101(3) TFUE è stata aggiunta una sorta di "interpretazione autentica" delle due condizioni positive per l'esenzione di un'intesa, e cioè la creazione e condivisione dell'utile con gli utilizzatori. La novella sancisce che tali condizioni sono rispettate anche se il miglioramento (produttivo, distributivo, tecnico o economico) contribuisce in modo sostanziale a un'economia ecologicamente sostenibile o climaticamente neutra¹¹⁹. L'esenzione ha quindi portata più ampia rispetto all'ordinamento dell'Unione¹²⁰: non richiedendo la compensazione degli utilizzatori diretti, l'approccio austriaco supera sia il caso *CECED*¹²¹ sia, come si vedrà, le nuove Linee Guida sugli accordi orizzontali.

La volontà di supportare il *Green Deal*, ma forse anche la necessità di confrontarsi con tali spinte eterogenee¹²², specie in un ordinamento in cui le regole di concorrenza vengono applicate in modo decentrato, e in cui il diritto dell'Unione gode di primato su quello nazionale¹²³, non potevano che

¹¹⁶ Linee guida ACM *on Sustainability*, cit., §§ 16-29.

¹¹⁷ Linee guida ACM *on Sustainability*, cit., § 36 («*Benefits can follow from sustainability agreements for both the users as well as for society, in the broader sense of the word*»).

¹¹⁸ Linee guida ACM *on Sustainability*, cit., § 48 («*it can be fair not to compensate users fully for the harm that the agreement causes because their demand for the products in question essentially creates the problem for which society needs to find solutions*»).

¹¹⁹ V. il nuovo § 2, para. 1 del Kartellgesetz 2005, cit., su cui v. V.H.S.E. ROBERTSON, *Sustainability: A World-First Green Exemption in Austrian Competition Law*, in *JECLAP*, 2022, p. 426.

¹²⁰ V.H.S.E. ROBERTSON, *Sustainability*, cit., p. 430.

¹²¹ Decisione n. 2000/475/CE, cit.

¹²² La Commissione, tuttavia, non si è opposta (almeno in modo pubblico) alla modifica del Kartellgesetz 2005, cit., come invece aveva fatto nel 2016 quando un'analoga iniziativa era stata discussa in Olanda (v. V. H.S.E. ROBERTSON, *Sustainability*, cit., p. 427). Sulle diversità di approccio all'art. 101(3) TFUE v. O. BROOK, *Struggling with Article 101(3) TFEU: Diverging Approaches of the Commission, EU Courts, and Five Competition Authorities*, in *C.M.L.R.*, 2019, p. 121.

¹²³ Oltre ad applicarsi in quanto principio fondante i rapporti fra Unione e Stati membri, una sorta di "primato" del diritto antitrust unionale deriva altresì dall'art. 3 del regolamento

portare la Commissione a prendere posizione in questa materia. Completando il processo avviato dalle consultazioni sopra ricordate¹²⁴, la Commissione ha di recente adottato – oltre ad alcune iniziative settoriali¹²⁵ – una nuova versione delle Linee guida sugli accordi orizzontali, ove ha reinserito un intero capitolo, il nono, sugli accordi di sostenibilità¹²⁶. Il capitolo è molto ampio e contiene altresì i consueti esempi conclusivi circa la valutazione di taluni accordi di sostenibilità¹²⁷. È quindi necessario soffermarsi sugli aspetti più importanti.

Il capitolo si caratterizza innanzitutto per un approccio tanto ampio alla nozione di sostenibilità quanto cauto alla sua rilevanza pratica. La definizione di sostenibilità, peraltro accompagnata da una lista non esaustiva, comprende fattispecie economico-sociali slegate dalla prospettiva ambientale. Sebbene tale soluzione possa apparire positiva, vi è in realtà il rischio che l'inclusione di parametri come il supporto dei diritti umani, delle infrastrut-

(CE) n. 1/2003, cit. Tale disposizione, tuttavia, sembra altresì offrire una base giuridica per la compatibilità delle discipline interne più permissive in termini di sostenibilità, laddove consente «l'applicazione di norme nazionali che perseguono principalmente un obiettivo differente rispetto a quello degli [artt. 101 e 102 TFUE]» (v. V.H.S.E. ROBERTSON, *Sustainability*, cit., p. 433).

¹²⁴ V. la nota 21. E così chiudendo il cerchio rispetto alle modifiche dovuto alla mutevole identificazione delle finalità del diritto antitrust (v. il testo attorno alle note 51-56).

¹²⁵ Il riferimento è all'inserimento dell'art. 210 *bis* in materia di iniziative verticali e orizzontali per la sostenibilità nel regolamento (UE) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, *recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli e che abroga i regolamenti (CEE) n. 922/72, (CEE) n. 234/79, (CE) n. 1037/2001 e (CE) n. 1234/2007 del Consiglio*, in *GU L* n. 347 del 20 dicembre 2013, p. 671, avvenuto ad opera del regolamento (UE) 2021/2117 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 2 dicembre 2021, *che modifica i regolamenti (UE) n. 1308/2013 recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli, (UE) n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari, (UE) n. 251/2014 concernente la definizione, la designazione, la presentazione, l'etichettatura e la protezione delle indicazioni geografiche dei prodotti vitivinicoli aromatizzati e (UE) n. 228/2013 recante misure specifiche nel settore dell'agricoltura a favore delle regioni ultraperiferiche dell'Unione*, in *GU L* n. 435 del 6 dicembre 2021, p. 262. Contrariamente all'art. 101(3) TFUE, l'art. 210 *bis* non include il requisito secondo cui, per essere esentati, gli accordi devono riservare agli utilizzatori una congrua parte del beneficio. In argomento v. anche il Progetto di Comunicazione della Commissione, del 10 gennaio 2023, *Orientamenti della Commissione sull'applicazione della deroga all'articolo 101 TFUE per gli accordi di sostenibilità dei produttori agricoli a norma dell'articolo 210, lettera a)*, del regolamento (UE) 1308/2013.

¹²⁶ Per un commento v. R. INDERST-S. THOMAS, *Sustainability Agreements in the European Commission's Draft Horizontal Guidelines*, in *JECLAP*, 2022, p. 571.

¹²⁷ Linee guida 2023, cit., §§ 599-603.

ture resilienti o degli alimenti sani e nutrienti¹²⁸ possa frenare l'elaborazione di soluzioni innovative, che – forse – avrebbero invece potuto svilupparsi più facilmente se la sostenibilità fosse rimasta più vicina al suo nocciolo duro. E ciò, quantomeno, perché la lotta ai cambiamenti climatici e all'inquinamento, la riduzione dell'uso di risorse naturali e il benessere animale, obiettivi anch'essi menzionati nella definizione di sostenibilità¹²⁹, beneficiano della copertura *ex artt.* 11 TFUE e 37 CDFUE sopra ricordata. Il contributo del diritto antitrust allo sviluppo sostenibile, invece, viene individuato nel – e limitato al – fatto che la concorrenza effettiva stimola l'innovazione, aumenta la qualità e la scelta dei prodotti, garantisce un'allocazione efficiente delle risorse, riduce i costi di produzione, così contribuendo al benessere dei consumatori¹³⁰.

In linea con la tradizione, le Linee guida creano un regime di c.d. *safe harbour* per alcuni accordi che di regola non suscitano preoccupazioni antitrust, non riguardando alcun parametro di concorrenza. Sebbene la *ratio* sia dunque rimasta inalterata¹³¹, i casi elencati – in modo non tassativo – differiscono da quelli delle Linee guida del 2001¹³². Vi rientrano gli accordi *i*) volti al rispetto di accordi internazionali che, pur vincolanti, non siano implementati o applicati a livello interno, *ii*) che non riguardano l'attività sul mercato ma le *policy* interne delle imprese (es. ridurre l'uso della plastica), *iii*) per creare banche dati sulla sostenibilità dei fornitori, e *iv*) per sensibilizzare i consumatori sulla propria impronta ambientale¹³³.

Al di fuori di questi casi è necessario valutare gli effetti degli accordi di sostenibilità. Tale analisi è molto spesso obbligatoria anche se un accordo sembri restringere per oggetto il divieto di intese: è infatti sufficiente che la finalità ambientale causi un «ragionevole dubbio» sulla natura oggettiva della restrizione¹³⁴.

Al di là di queste indicazioni generali, le Linee guida si soffermano soprattutto sugli accordi di normazione in materia di sostenibilità¹³⁵. Eviden-

¹²⁸ Linee guida 2023, cit., § 517.

¹²⁹ Linee guida 2023, cit., § 517.

¹³⁰ Linee guida 2023, cit., § 518. Il riferimento al *consumer welfare* pare peraltro inappropriato.

¹³¹ V. il testo attorno alla nota 80.

¹³² Linee guida 2001, cit., §§ 185-187.

¹³³ Linee guida 2023, cit., §§ 527-531.

¹³⁴ Linee guida 2023, cit., § 534.

¹³⁵ Si tratta di accordi con cui le imprese possono concordare di ritirare o sostituire pro-

ziate differenze e similitudini¹³⁶ con gli ordinari accordi di normazione di cui al settimo capitolo, le Linee guida ne dettagliano l'analisi antitrust. Dopo aver precisato che, in alcuni casi, tali accordi possono restringere per oggetto l'art. 101 TFUE¹³⁷, viene istituito in loro favore un *soft safe harbour*¹³⁸. Si riconosce cioè l'improbabilità che essi possano avere effetti negativi sensibili sulla concorrenza purché siano rispettate cinque condizioni fisse e una ulteriore a scelta fra due.

Molte di tali condizioni non sono problematiche, come i requisiti di trasparenza e apertura della procedura per l'adozione dello standard o la natura volontaria della partecipazione. Altre, invece, denotano una certa tensione fra sostenibilità e concorrenza: ad esempio, la condizione alternativa richiede che l'accordo non aumenti significativamente i prezzi oppure, se ciò accade, che la quota complessiva di mercato dei partecipanti sia inferiore al 20%; tale dimensione tranquillizza sotto il profilo antitrust ma limita l'effetto ambientale. Il *favor* della Commissione per gli accordi di normazione, dimostrato dalla creazione della zona di sicurezza agevolata, è quindi tutt'altro che illimitato. Peraltro, il mancato rispetto delle condizioni non fa presumere l'incompatibilità dell'accordo, rendendo solo necessaria la sua analisi individuale¹³⁹, che potrà portare alla sua "compatibilità" ex art. 101(1) o (3) TFUE.

L'applicazione dell'art. 101(3) TFUE, a cui è dedicata una parte molo ampia delle Linee guida, è forse quella meno "coraggiosa". L'analisi ripercorre i requisiti applicativi di tale disposizione, ribadendo che l'accordo deve originare dei benefici oggettivi, concreti, verificabili e dimostrati in termini di efficienza¹⁴⁰ e che la restrizione deve essere indispensabile per il loro raggiungimento. L'indispensabilità è valutata alla luce della necessità di risolvere i fallimenti di mercato sopra ricordati e, salvo casi eccezionali,

dotti non sostenibili (es. plastica o combustibili fossili), di armonizzare gli imballaggi per facilitare il riciclo, di acquistare soltanto fattori produttivi fabbricati in modo sostenibile o prendere altre iniziative a favore della sostenibilità (Linee guida 2023, cit., § 538).

¹³⁶ Linee guida 2023, cit., §§ 540-544.

¹³⁷ Es. quando le imprese si accordano per trasferire ai consumatori l'aumento dei costi dovuto allo standard ambientale, oppure facciano pressione su terzi affinché non vendano prodotti non conformi alla norma di sostenibilità, oppure ancora si accordino per "adagiarsi" sugli standard minimi richiesti dalla legge, evitando di cooperare (o farsi concorrenza) per raggiungere obiettivi ambientali più ambiziosi (Linee guida 2023, cit., § 548).

¹³⁸ Linee guida 2023, cit., §§ 549-555.

¹³⁹ Linee guida 2023, cit., § 552.

¹⁴⁰ Linee guida 2023, cit., § 557.

esclude la compatibilità di accordi fra concorrenti quando vi siano già norme vincolanti unionali o nazionali¹⁴¹.

I profili più interessanti e problematici sono ad ogni modo rappresentati dalla disciplina relativa al trasferimento ai consumatori di una congrua parte dei benefici in termini di sostenibilità. L'approccio della Commissione è infatti molto conservativo e non deroga alla concezione per cui i benefici collettivi hanno un'importanza marginale¹⁴². È vero che vengono riconosciute diverse categorie di benefici: ai tradizionali vantaggi individuali diretti (o d'uso) legati alla migliore qualità (anche) ambientale del prodotto¹⁴³, si affiancano infatti i vantaggi individuali indiretti (o non d'uso) e quelli non individuali. Nella prima categoria rientra il valore attribuito dai consumatori all'impatto del proprio consumo sull'ambiente (o su terzi), e quindi all'uso di un prodotto più sostenibile a prescindere dalla sua *performance*¹⁴⁴. La seconda categoria, invece, riguarda i veri e propri vantaggi collettivi, inclusi quelli ambientali, che beneficiano una parte più ampia della società rispetto ai soli utilizzatori diretti¹⁴⁵.

Ma è altrettanto vero che la rilevanza dei benefici collettivi è assoggettata a condizioni molto rigorose: occorre dimostrare non solo che gli utilizzatori diretti fanno parte o si sovrappongono in modo sostanziale ai beneficiari, ma anche che la quota di vantaggi collettivi loro riservata (eventualmente assieme ai benefici individuali d'uso e non d'uso) è superiore al danno da essi subito¹⁴⁶. La posizione degli utilizzatori diretti rimane quindi la pietra angolare anche per l'esame degli accordi di sostenibilità: il trasferimento in loro favore di una congrua parte dell'utile si verifica solo se il saldo fra benefici e danni è per loro quanto meno neutro¹⁴⁷.

È chiaro che l'obbligo di assicurare la piena compensazione degli utilizzatori diretti rende (quasi) impossibile applicare l'art. 101(3) TFUE in tutti i casi i cui vi sia un aumento di prezzo non marginale, i benefici collettivi siano diffusi tra un'ampia parte della società oppure si verifichino in tutto o in

¹⁴¹ Linee guida 2023, cit., § 564.

¹⁴² M. GASSLER, *New Sustainability Chapter in the Horizontal Guidelines: Changes in the Final Version Compared to the Draft Version of March 2022*, 7 giugno 2023.

¹⁴³ Linee guida 2023, cit., §§ 571-574.

¹⁴⁴ Linee guida 2023, cit., §§ 575-581.

¹⁴⁵ Linee guida 2023, cit., §§ 582-589.

¹⁴⁶ Linee guida 2023, cit., § 587.

¹⁴⁷ Linee guida 2023, cit., § 569.

parte al di fuori dell'Unione, *rectius* del mercato interno¹⁴⁸. Tale scelta della Commissione dimostra, più di qualsiasi altro elemento, come il bilanciamento fra sostenibilità ambientale e concorrenzialità dei mercati penda ancora verso quest'ultimo obiettivo.

L'approccio delle Linee guida appare ancora meno condivisibile ove si consideri che la piena compensazione degli utilizzatori diretti appare criterio applicativo persino più rigido rispetto alle indicazioni della giurisprudenza¹⁴⁹. Ma non solo: dal punto di vista sostanziale, viene da chiedersi se sia giusto compensare sempre gli utilizzatori diretti per i costi aggiuntivi derivanti dall'accordo di sostenibilità, tenuto conto che è proprio la loro domanda a creare il problema ambientale che deve essere risolto¹⁵⁰. In questa prospettiva, non pare insostenibile che gli utilizzatori si possano "accontentare" di una compensazione solo parziale, purché vi siano benefici collettivi rilevanti. Nel regime predisposto dalle Linee guida, invece, il beneficio sociale rischia di non avere alcun impatto effettivo sull'analisi antitrust.

6. Conclusioni.

Rafforzando un *trend* già in essere specie a livello nazionale, l'adozione del *Green Deal* ha portato la questione ambientale al centro del dibattito sulla politica di concorrenza. L'attenzione si è concentrata soprattutto sul contributo che le regole antitrust possono dare per migliorare il livello di tutela della qualità dell'ambiente, nella prospettiva di uno sviluppo marcatamente più sostenibile.

Senza sminuire la centralità degli aiuti di Stato, l'ottica è soprattutto quella degli artt. 101 e 102 TFUE, poiché l'esigenza è quella di favorire (anche) le iniziative private volte a migliorare la sostenibilità delle imprese. L'analisi della prassi, finora sviluppatasi soprattutto a livello interno, ha tuttavia evidenziato come, in realtà, le regole di concorrenza spesso finiscano per osta-

¹⁴⁸ Ciò, peraltro, con chiari effetti discriminatori J. BLOCKX, *Should European competition law only care about clean air for Europeans?*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 1° aprile 2022.

¹⁴⁹ Corte giust., C-382/12 P, *MasterCard*, cit. e Trib., T-111/08, *MasterCard*, cit.

¹⁵⁰ Infatti, «[i]n the case of agreements that aim to redress negative externalities like climate change, there is no sensible justification for requiring that the consumers need to be compensated in full for, in essence, not contributing to this disaster» (M. SNOEP, *What is fair*, cit., p. 4; v. anche Linee guida ACM on Sustainability, cit., § 48).

colare tali iniziative, che – specie quando realizzate tramite accordi fra concorrenti – sono sovente qualificate come anticompetitive. Tale scenario sembra essere dovuto, in particolare, alle “difficoltà” incontrate dalle ANC – soggette alla “guida” della Commissione, *prima inter pares* nel sistema di applicazione decentrata di cui al regolamento (CE) n. 1/2003 – nel calibrare i requisiti applicativi dell’art. 101(3) TFUE agli accordi di sostenibilità. L’approccio incentrato sulla sola efficienza economica che la Commissione ha applicato, negli ultimi decenni, anche alle nozioni di «utilizzatori», «utile» e «congrua parte», infatti, mal si adatta a uno scenario in cui i vantaggi sono difficilmente misurabili in termini economici e, soprattutto, non sono limitati a un singolo mercato, beneficiando l’intera collettività e persino le generazioni future.

Sebbene – dopo l’eliminazione nella versione del 2011 – un capitolo sugli accordi di sostenibilità sia stato reinserto nelle Linee guida sugli accordi orizzontali adottate nel 2023, il *favor* della Commissione per l’approccio economico al diritto della concorrenza continua a farsi sentire. Pur riconoscendo la rilevanza dei benefici non d’uso e collettivi, le Linee guida assoggettano la compatibilità degli accordi ambientali, fra l’altro, al fatto che gli utenti diretti siano pienamente compensati degli effetti distorsivi: ciò limita l’applicabilità dell’esenzione in tutti i casi i cui vi sia un aumento di prezzo non marginale, i benefici collettivi siano diffusi tra un’ampia parte della società oppure si verifichino in tutto o in parte al di fuori dell’Unione.

Se la scelta di compensare per intero i consumatori non pare imprescindibile (e corretta) quando gli accordi abbiano significativi effetti benefici per l’ambiente e quindi per la collettività, la “buona notizia” è che vi sono margini per sviluppi più “coraggiosi”. L’art. 101 TFUE non contiene infatti alcun riferimento né allo standard del *consumer welfare* né al fatto che le nozioni sopra ricordate di «utilizzatori», «utile» e «congrua parte» debbano necessariamente essere interpretate secondo i canoni dell’analisi microeconomica di breve periodo.

La Corte, inoltre, non solo non si è mai pronunciata su questi profili, e quindi non ha mai avallato l’interpretazione della Commissione, ma quando ha potuto ha sempre ricordato che, nell’ordinamento dell’Unione, la concorrenza persegue finalità più ampie rispetto alla sola efficienza allocativa¹⁵¹. Anche grazie al principio di integrazione, è quindi possibile (e auspicabile)

¹⁵¹ V. *sopra* la nota 48.

che la Corte si esprima in modo più netto a favore della sostenibilità, in linea con il ruolo centrale che essa ha sempre avuto nella promozione della tutela dell'ambiente¹⁵², e che solo in rare occasioni è stato “dimenticato”¹⁵³.

¹⁵² A. SIKORA, *Constitutionalisation of Environmental Protection in EU Law*, Zutphen, 2020, p. 202; F. JACOBS, *The Role of the European Court of Justice in the Protection of the Environment*, in *J. Env. L.*, 2006, p. 185.

¹⁵³ Corte giust. 22 dicembre 2022, C-61/21, *Ministre de la Transition écologique e Premier ministre*, ECLI:EU:C:2022:1015, ove si è sorprendentemente escluso che la Dir. 2008/50/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, *relativa alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita in Europa*, in *GU L* n. 152 dell'11 giugno 2008, p. 1, conferisca diritti ai singoli e che, quindi, la sua violazione possa dare luogo a responsabilità civile degli Stati membri.