

SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE E DIRITTO DELLA CONCORRENZA NELL'UNIONE EUROPEA

a cura di

Fabio Ferraro Pietro Manzini
Cristina Schepisi



I QUADERNI
DEL CORSO DI PERFEZIONAMENTO IN DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI "FEDERICO II"

Istituito presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II" a partire dall'A.A. 2006/2007, il Corso di perfezionamento in diritto dell'Unione europea "La tutela dei diritti" è divenuto una consolidata realtà per l'approfondimento delle tematiche connesse allo studio del diritto dell'Unione europea e dei suoi rapporti con gli ordinamenti degli Stati membri.

La presente collana si prefigge di dare diffusione scientifica ai prodotti dell'attività di studio e di ricerca raccogliendo gli atti dei più rilevanti convegni organizzati nell'ambito del Corso di perfezionamento e proponendo approfondimenti monografici su specifiche tematiche.

DIRETTORE

Roberto Mastroianni

COMITATO SCIENTIFICO

**Roberto Adam, Amedeo Arena, Enzo Cannizzaro,
Massimo Condinanzi, Filippo Donati,
Fabio Ferraro, Massimo Iovane, Bruno Nascimbene,
Girolamo Strozzi, Antonio Tizzano, Ennio Triggiani,
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ugo Villani, Jacques Ziller**

COMITATO DI REDAZIONE

Adriano Maffeo, Claudia Massa, Flavia Rolando

COMITATO DI REDAZIONE DEL VOLUME

Rossella Benassai, Benedetta Minucci, Susanna Villani

**Sostenibilità ambientale
e diritto della concorrenza
nell'Unione europea**

a cura di

FABIO FERRARO - PIETRO MANZINI - CRISTINA SCHEPISI

Editoriale Scientifica
Napoli

Finanziato dall'Unione Europea “ - NextGenerationEU a valere sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) – Missione 4 Istruzione e ricerca – Componente 2 Dalla ricerca all’impresa - Investimento 1.1, Avviso Prin 2022 indetto con DD N. 104 del 2/2/2022, dal titolo “Environmental Sustainability through Competition Law ”, codice proposta 2022BS4XWK



La versione digitale del volume è pubblicata in Open Access
sul sito www.editorialescientifica.it

Proprietà letteraria riservata

© Copyright febbraio 2026 Editoriale Scientifica srl
via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli

ISBN 979-12-235-0590-8

INDICE

<i>Premessa</i>	9
-----------------	---

Sezione I

Sostenibilità ambientale e diritto antitrust

PIETRO MANZINI – <i>L'integrazione delle esigenze ambientali nelle norme antitrust europee: una introduzione</i>	17
MICHELE MESSINA – <i>Il controllo delle concentrazioni tra imprese nel mercato interno dell'UE e il perseguimento della sostenibilità ambientale</i>	29
ORESTE PALLOTTA – <i>Gli accordi di sostenibilità e il nuovo paradigma di analisi dei mercati nel diritto della concorrenza UE</i>	39
ALICE PISAPIA – <i>Sostenibilità e diritto della concorrenza nel mercato dei servizi digitali: verso una convergenza di obiettivi?</i>	53
PIERLUDOVICO ARNESE – <i>La retorica ambientale tra diritto antitrust e sport business: una concettualizzazione del cd. abuso verde</i>	67
SILVIA PELLEGRINI – <i>Il diritto della concorrenza e la sostenibilità ambientale: un nuovo paradigma?</i>	87

Sezione II

Sostenibilità ambientale e servizi di interesse economico generale, appalti e concessioni

FABIO FERRARO – <i>Brevi note introduttive sull'integrazione delle esigenze ambientali nei servizi di interesse economico generale, negli appalti e nelle concessioni</i>	109
---	-----

FRANCESCO LIGUORI – <i>L’incidenza degli interessi ambientali sull’istituzione e gestione dei servizi di interesse economico generale</i>	127
FEDERICA EROICO – <i>I servizi di interesse economico generale tra vincoli europei e margini di discrezionalità statale</i>	151
FLAVIA ROLANDO e GIULIANO TAGLIANETTI – <i>Il Green Public Procurement tra vincoli normativi e margini di discrezionalità</i>	169
ILARIA BAISI – <i>Ripensare gli appalti pubblici verdi. Come realizzare gli obiettivi di decarbonizzazione senza compromettere la competitività?</i>	199
ADRIANO MAFFEO – <i>Esigenze ambientali e trattamento delle imprese dei Paesi terzi nel mercato degli appalti dell’Unione europea</i>	217
ROSSELLA BENASSAI – <i>L’integrazione dei criteri ambientali minimi nel regime delle concessioni</i>	231
ANDREA LOTTINI – <i>Difesa europea e integrazione degli obiettivi ambientali tra SIEG, appalti ed esigenze di innovazione</i>	247

Sezione III

Sostenibilità ambientale e aiuti di Stato alle imprese

CRISTINA SCHEPISI – <i>Linee evolutive della disciplina sugli aiuti di Stato alla luce delle finalità ambientali: brevi note introduttive</i>	279
GRAZIA VITALE – <i>La nozione di “risorsa statale” nel settore delle energie rinnovabili: la ricerca di un equilibrio tra tutela della concorrenza e salvaguardia dell’ambiente</i>	293
IRENE AGNOLUCCI – <i>Decarbonizzazione e competitività europea: l’evoluzione degli investimenti green nel nuovo quadro per gli aiuti di Stato CISAF</i>	305
RAFFAELE PALERMO – <i>La nuova disciplina sugli aiuti di Stato nell’ambito del Clean Industrial Deal tra “stabilizzazione” dell’approccio del cd. quadri temporanei e integrazione con le Linee guida in materia di clima, energia ed ambiente</i>	327

MARIO BARBANO – <i>Aiuti di Stato e decarbonizzazione dei trasporti: una prospettiva integrata</i>	353
VALERIA CAPUANO – <i>Aiuti di Stato e tutela ambientale tra regimi di esenzione e nuovi equilibri per lo sviluppo industriale</i>	371
FRANCESCO BUSATO, GIANLUIGI CISCO, GIOVANNI FERRI, MONICA VARLESE – <i>Aiuti di Stato verdi: il nesso tra conformità fiscale e ambientale</i>	389
EMANUELA DE FALCO – <i>L'economia circolare attraverso gli aiuti di Stato: profili giuridici e implicazioni sistemiche nel diritto dell'Unione europea</i>	409
STEFANO CASTELLANA SOLDANO – <i>Le politiche ambientali dell'Unione europea nell'ambito del Regolamento sulle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno</i>	427
LORENZO GROSSIO – <i>Un "giusto equilibrio" tra accesso alla giustizia in materia ambientale e specificità delle procedure ex art. 108 TFUE? Alcune considerazioni critiche sul meccanismo di riesame introdotto dal regolamento di esecuzione (UE) 2025/905 e dal Codice delle migliori pratiche in materia di aiuti di Stato</i>	443
<i>Appendice normativa</i>	465
<i>Bibliografia</i>	477

L'INTEGRAZIONE DELLE ESIGENZE AMBIENTALI
NELLE NORME ANTITRUST EUROPEE:
UNA INTRODUZIONE

PIETRO MANZINI*

SOMMARIO: 1. L'integrazione delle esigenze ambientali quali obiettivo delle regole antitrust del trattato. – 2. L'integrazione delle esigenze ambientali dell'art. 101. – 3. L'integrazione delle esigenze ambientali dell'art. 102.

1. L'integrazione delle esigenze ambientali quali obiettivo delle regole antitrust del trattato

Notoriamente, l'antitrust è un diritto in cerca di uno scopo. Dopo essere nato per tutelare la democrazia americana – questa era l'idea che ha guidato l'adozione dello Sherman Antitrust Act nel 1890 – per cinquant'anni è stato utilizzato per proteggere l'attività delle piccole imprese, quand'anche poco efficienti. Per la Scuola di Chicago il suo obiettivo unico avrebbe dovuto essere la promozione dell'efficienza economica, ossia l'incremento della ricchezza aggregata della società, anche se questa ricchezza si accumulava nelle mani di pochi e sfuggiva da quelle dei molti. Negli ultimi venti anni è stato stratonato un po' a tutela di esigenze produttive e un po' a protezione di esigenze distributive. Ultimamente è stato messo sul ring per cercare di contrastare, col suo armamentario ottocentesco, i giganti del web, armati di pirotecnici effetti di rete e magiche chatbot che si auto installano nei nostri cellulari, nottetempo.

Nell'Unione, la Commissione, dopo aver preso una sbandata efficientista – promuovendo un criptico '*more economic approach*¹ – ora sta pensando ad altri obiettivi, mentre la Corte, saggiamente, si è sempre tenuta sul vago, posto che in *TeliaSonera* ha affermato che le regole di concorrenza

* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea presso l'Università di Bologna e responsabile di unità del progetto

¹ V. Orientamenti sulle priorità della Commissione nella applicazione dell'art. 82 CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti; GUUE C45/7, del 24 febbraio 2009.

hanno ‘per l’esattezza’ (sic!) lo scopo di evitare che la concorrenza sia alterata ‘a danno dell’interesse pubblico, delle singole imprese e dei consumatori, contribuendo in tal modo a garantire il benessere economico all’interno dell’Unione’².

Per qualche ragione, che non merita di essere indagata, in questa pletera di obiettivi, sino a poco tempo fa non è mai apparsa la tutela dell’ambiente. E ciò è strano perché, ai sensi dell’art. 11 del TFUE, le esigenze connesse alla tutela dell’ambiente, in particolare nella prospettiva della promozione dello sviluppo sostenibile, sono le uniche che devono essere obbligatoriamente ‘integrate nella definizione e nell’attuazione delle politiche e nelle azioni dell’unione’ e quindi anche nella politica di concorrenza³. Nell’Unione europea se si vuole cercare un obiettivo che il diritto antitrust deve sicuramente perseguire, basta leggere i trattati.

Lo scopo di queste brevi note è quello di riflettere sul come è possibile effettuare una interpretazione e una applicazione ‘ambientalmente orientata’ delle disposizioni a tutela della concorrenza applicabili alle imprese, ossia l’art. 101 che vieta le intese anticoncorrenziali, l’art. 102 che vieta l’abuso di posizione dominante.

In via preliminare sono necessarie due precisazioni. Anzitutto, la nozione di sviluppo sostenibile, richiamata anche nell’art. 11, è oggi interpretata in maniera molto ampia e tende a ricomprendere obiettivi non direttamente connessi alla tutela dell’ambiente, quali, ad esempio, sconfiggere la fame e la povertà, ottenere un’istruzione di qualità per tutti, raggiungere la parità di genere, ridurre le disuguaglianze, predisporre le condizioni per un lavoro dignitoso, ecc⁴. Questi obiettivi, per quanto lodevoli, sono decisamente fuori dal campo di azione del diritto antitrust e inutilmente si cercherebbe di perseguirli mediante esso. Pertanto, in questo contesto per ‘esigenze connesse alla tutela ambientale’ ci si riferirà solo alle necessità di eliminare o ridurre i danni all’ambiente inteso in senso stretto, come

² Corte giust., 17 febbraio 2011, C-52/09, *Telia Sonera*, punto 22.

³ La tutela del consumatore, per esempio, che è la più spesso associata al diritto antitrust, ai sensi dell’art. 12 TFUE, deve essere solo ‘presa in considerazione’ nella definizione e nell’attuazione di altre politiche o attività dell’Unione. Sul principio di integrazione si veda, in generale, F. ROLANDO, *L’integrazione delle esigenze ambientali nelle altre politiche dell’Unione europea*, Napoli, 2020, p. 245 ss.

⁴ V. La Risoluzione della Assemblea generale delle Nazioni Unite del 25 settembre 2015, *Trasformare il nostro mondo: l’Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile*.

l'inquinamento dell'acqua, dell'aria o del suolo oppure lo sfruttamento eccessivo, ossia al di là della soglia di rinnovabilità, delle risorse naturali.

La seconda precisazione riguarda la nozione di danno ambientale: a questa ci si riferirà utilizzando il ben noto concetto di esternalità negativa⁵. Tale è un costo generato da un'attività economica, di produzione o di consumo, che non viene sostenuto da chi è coinvolto nell'attività in questione, bensì ricade su terzi. Ad esempio, l'inquinamento dell'aria prodotto da un impianto industriale rappresenta un costo che viene imputato ai terzi danneggiati dall'inquinamento – si pensi ai costi pubblici e /o privati per le cure delle patologie da esso derivanti – mentre non viene sostenuto né da chi produce, né da chi acquista il bene prodotto⁶. Un'esternalità negativa non presenta solo un problema di ingiustizia distributiva, ma costituisce anche una questione di efficienza del mercato, dato che quest'ultimo produce una quantità di beni superiore a quella socialmente ottimale. Infatti, dato che chi produce o consuma non sostiene il costo arrecato a terzi in termini di inquinamento, il prezzo del bene rimane artificialmente basso, incentivando un uso eccessivo degli stessi che non tiene conto dei costi reali per la collettività. In questa prospettiva, la tutela dell'ambiente può essere intesa come una azione di 'internalizzazione' del danno ambientale, vale a dire una misura o una politica che trasferisce il costo dell'inquinamento dai terzi ai soggetti che dell'inquinamento sono causa. Nell'esempio proposto, l'internalizzazione può avvenire mediante una disciplina pubblicistica che imponga al produttore di acquistare di una strumentazione idonea ad evitare l'inquinamento o che stabilisca una tassa che induca ad eliminarlo: più si inquina più si paga, se si cessa di inquinare, non si paga.

2. L'integrazione delle esigenze ambientali dell'art. 101

Ad oggi il principio di integrazione delle esigenze ambientali ha trovato il più importante riscontro in relazione all'applicazione dell'art. 101. Nel

⁵ Com'è ampiamente noto, il concetto è stato elaborato per primo da A.C. PIGOU, *The Economics of Welfare*, Londra 1932.

⁶ I danni ambientali possono essere vari e molto rilevanti. Si va dalla perdita della salute delle persone, conseguente aumento della spesa pubblica sanitaria, alla perdita di biodiversità, inquinamento delle falde acquifere e del suolo, per arrivare alle emissioni di gas ad effetto serra che rappresenta una esternalità negativa globale.

quadro delle Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale del 2023⁷, la Commissione si è soffermata sulla individuazione e sulla valutazione dei c.d. accordi di sostenibilità, ossia accordi di cooperazione orizzontale tra imprese che perseguono un obiettivo di sostenibilità ambientale. Tali potrebbero essere, ad esempio, gli accordi di R&D diretti a sviluppare ed adottare una tecnologia di produzione meno o non inquinante, oppure gli accordi con i quali si fissano determinati standard o processi di produzione che riducono o annullano l'impatto ambientale negativo (c.d. accordi di normazione in materia di sostenibilità). Ad avviso della Commissione gli accordi di sostenibilità suscitano riserve sotto il profilo della concorrenza solo se comportano restrizioni per oggetto oppure se producono effetti negativi sensibili, reali o probabili, sulla concorrenza. In questi casi la circostanza che perseguano un obiettivo di sostenibilità non basta ad escluderli dal divieto dell'art. 101, par. 1.⁸ Tuttavia possono comunque essere esentati da tale divieto se soddisfano le quattro condizioni previste dal par. 3 di tale norma⁹.

Nelle Linee direttrici la Commissione ha: i) individuato le categorie di accordi di sostenibilità che non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 101, par. 1, ii) indicato le condizioni in presenza delle quali si può ritenere che gli accordi di sostenibilità, pur rientrando nel campo di applicazione dell'art. 101, par. 1, non abbiano effetti negativi sensibili sulla concorrenza (delineando così un *soft safe harbour*; iii) precisato le ipotesi in cui anche al di fuori del *soft safe harbour*, gli accordi di sostenibilità non producono effetti restrittivi sensibili e iv) espresso le sue considerazioni in relazione all'applicabilità delle condizioni per l'esenzione dal divieto stabilite dall'art. 101, par. 3 agli accordi di sostenibilità che producono effetti anti-concorrenziali sensibili.

In relazione a quest'ultimo tema, e più specificamente a due delle condizioni contenute nel par. 3, sono necessarie, le Linee direttrici non ci sembrano soddisfacenti.

Un primo tipo di perplessità può essere espresso riguardo alla condizione relativa all'efficienza dell'intesa che si intende escludere dal divieto,

⁷ Commissione della Comunicazione, Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 101 agli accordi di cooperazione orizzontale, C(2023) 4752 (di seguito Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale).

⁸ Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale, cit., punto 521.

⁹ Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale, cit. punto 522.

vale a dire alla circostanza che l'intesa 'contribuisca a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico'. A questo riguardo la Commissione fornisce alcuni esempi di efficienze che possono derivare dagli accordi di sostenibilità: 'l'uso di tecnologie di produzione o distribuzione meno inquinanti, migliori condizioni di produzione e distribuzione, infrastrutture più resilienti, prodotti di migliore qualità', nonché la riduzione delle perturbazioni della catena di approvvigionamento e/o dei tempi necessari per immettere sul mercato prodotti sostenibili, in tal modo consentendo ai consumatori di prendere decisioni di acquisto informate mediante il confronto dei prodotti.

Si tratta dunque di ipotesi in cui l'accordo riduce o annulla le esternalità negative. Nel senso che l'intesa incide positivamente sui costi di produzione e riduce o azzerava l'inquinamento (ad esempio, le imprese decidono di acquistare un componente della produzione presso un fornitore meno costoso perché utilizza materiali riciclati), oppure l'intesa incide negativamente sui costi di produzione, ma riduce o azzerava l'inquinamento (ad esempio, le imprese decidono di seguire un protocollo di produzione che implica l'utilizzo unicamente di materiali prodotti in modo sostenibile e pertanto più costosi).

Tuttavia, vi sono almeno altre due ipotesi, che meriterebbero di essere valutate. La più problematica è quella rappresentata da una intesa che conduce ad una riduzione dei costi di produzione, ma ad un aumento delle esternalità negative. Si pensi al caso di un'intesa mediante la quale le parti decidono di rifornirsi presso un fornitore meno costoso perché esterno all'Unione e dunque non soggetto alle disposizioni europee di tutela dell'ambiente. Secondo un'interpretazione tradizionale, tale intesa dovrebbe essere ritenuta ammissibile ai sensi della prima condizione del par. 3 dell'art. 101, in quanto realizza un 'miglioramento della produzione', in termini di riduzione dei costi, delle imprese coinvolte. Tuttavia, se si vuole effettivamente integrare le esigenze ambientali nella politica di concorrenza un'intesa di questo genere non dovrebbe essere tollerata.

Vi è poi una seconda ipotesi che dovrebbe essere vagliata con attenzione. È quella rappresentata da un'intesa che riduce i costi di produzione, senza ridurre le esternalità negative. Ad esempio, le imprese mediante l'intesa potrebbero sviluppare e utilizzare una tecnologia produttiva che implica una riduzione del personale necessario alla produzione, ma che non ha alcun impatto sull'inquinamento prodotto. Anche questa intesa, in

quanto volta a 'promuovere il progresso tecnico' potrebbe passare il vaglio della prima condizione dell'art. 101 par 3, ma v'è da chiedersi se, in una prospettiva di tutela ambientale effettiva, si debbano ammettere intese restrittive della concorrenza, che non hanno alcun effetto di riduzione delle esternalità negative che impongono sui terzi, per la sola ragione che riducono i costi di produzione. Il dubbio ci pare rafforzato dal fatto che, come sopra accennato, la presenza di esternalità negative ha un costo rappresentato dal fatto che l'esternalità, non riflettendosi nel prezzo, comporta una produzione eccessiva rispetto a quella socialmente ottimale.

Un secondo tipo di considerazioni critiche può essere sviluppato in relazione alla condizione c.d. redistributiva del par. 3 dell'art. 101, ossia quella che stabilisce che l'esenzione dal divieto non può essere riconosciuta se non si prova che gli utili derivanti dall'intesa sono riservati per una congrua parte agli utilizzatori. Anche in questo caso le Linee direttrici della Commissione sono un po' lacunose nella prospettiva di una piena valorizzazione delle esigenze ambientali nell'applicazione dell'art. 101.

Anzitutto la Commissione si sofferma lungamente sul tipo di benefici individuali che gli utilizzatori¹⁰ potrebbero ottenere dall'intesa, suddividendo questi ultimi in benefici derivanti dall'uso e benefici non legati all'uso. I primi sono quelli che discendono direttamente dall'utilizzo del bene o del servizio oggetto dell'intesa: ad esempio un'intesa sulla eliminazione dei pesticidi potrebbe consentire ai consumatori l'acquisto di frutta di gusto migliore. I secondi sono invece benefici non direttamente connessi all'utilizzo del prodotto o servizio oggetto dell'intesa, bensì legati ad altre forme di utilità che possono essere valutate positivamente dal consumatore: ad esempio un'intesa che elimina i saponi tradizionali dal mercato sostituendoli con saponi biodegradabili potrebbe portare un beneficio agli utilizzatori, non in termini d'utilizzo – in ipotesi entrambi i tipi di saponi puliscono nello stesso grado – bensì in termini di consapevolezza dei vantaggi per l'ambiente.

Queste considerazioni, per quanto utili, per un verso, sono un po'

¹⁰ Secondo la Commissione per utilizzatori – 'consumers' nella versione inglese del trattato – si intendono tutti i fruitori diretti o indiretti dei prodotti oggetto dell'accordo, inclusi i produttori che usano il prodotto quale materia prima, i distributori all'ingrosso, i dettaglianti e gli utilizzatori finali, ossia, in sostanza, i clienti delle parti dell'accordo e i successivi acquirenti. Si veda, Commissione europea, Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, par. 3, punto. 84.

scentrare rispetto alla tutela dell'ambiente, e per l'altro, non rappresentano il vero problema posto dalla condizione redistributiva del par. 3 dell'art. 101. Sotto il primo profilo, ai fini della valorizzazione delle esigenze ambientali, il problema non è il tipo di utilità che il consumatore ottiene dall'intesa, bensì la riduzione o l'eliminazione della esternalità negativa che impatta sull'ambiente. In termini concreti, in relazione alle intese sull'eliminazione dei pesticidi o dei saponi tradizionali – di cui agli esempi proposti – la questione centrale non è il motivo per il quale il consumatore acquista il bene, ma il concreto miglioramento della protezione dell'ambiente che discende da quelle intese.

Sotto il secondo profilo, ai fini della tutela ambientale, il problema posto dalla condizione della redistribuzione degli utili fissata par. 3 dell'art. 101 è rappresentato dal fatto che la sua applicazione è tradizionalmente interpretata in base ad un principio 'compensativo', ossia alla condizione che, ai fini dell'esenzione, gli utilizzatori devono appartenere al medesimo mercato rilevante dell'intesa anticoncorrenziale, o a un mercato collegato, e i benefici che ricevono dall'intesa suddetta devono essere di entità tale da compensare gli effetti negativi che questa comporta in termini di restrizione della concorrenza¹¹. In questo senso è stato interpretato il concetto di 'congrua parte' degli utili che implica, ad avviso della Commissione, che il trasferimento dei benefici deve almeno compensare gli utilizzatori degli effetti negativi, effettivi o possibili, determinati nei loro confronti dalla restrizione della concorrenza constatata ai sensi del par. 1 dell'art. 101¹².

Il concetto di 'congrua parte' interpretato alla luce del principio di compensazione ostacola l'esenzione delle intese che producono benefici ambientali collettivi, poiché è ben possibile che un'intesa anticoncorrenziale contribuisca a tutelare l'ambiente in modo globale o diffuso, ma non specificamente o sufficientemente quello di chi, ad esempio, paga il prezzo più alto dei beni o servizi oggetto intesa. A questo riguardo le Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale offrono soluzioni abbastanza timide nell'ottica di una interpretazione della condizione in esame 'ambientalmente orientata'. La Commissione, infatti, conferma l'interpretazione tradizionale anche nel caso delle intese che producono benefici ambientali collettivi, ammettendo al massimo che il beneficio ambientale possa prodursi anche fuori dal mercato rilevante, ma imponendo che i benefi-

¹¹ V. Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, par. 3, cit., punto 43.

¹² V. Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, par. 3, cit., punto. 85.

ciari siano (almeno) i soggetti che sperimentano gli effetti negativi dell'intesa e che il beneficio sia tale da poterli compensare¹³. L'esempio proposto dalla Commissione è il seguente. Se l'intesa ha ad oggetto l'utilizzo di combustibili per automobili meno inquinanti ma più costosi (mercato rilevante), per soddisfare la condizione redistributiva degli utili di cui al par.3 dell'art. 101, i conducenti che acquistano i combustibili meno inquinanti devono anche essere tra i cittadini che traggono vantaggio dall'aria più pulita (beneficio collettivo) e questo vantaggio deve essere tale compensare i conducenti del maggior prezzo pagato per il combustibile meno inquinante (principio di compensazione)¹⁴. Diversamente, non soddisfa la condizione in questione l'intesa in relazione alla quale vi è separazione tra coloro che ricevono il beneficio ambientale e coloro che soffrono degli effetti anticoncorrenziali. Al riguardo la Commissione propone l'esempio di un'intesa che conduce i consumatori ad acquistare indumenti realizzati in cotone sostenibile, prodotto con un minor uso di fertilizzanti e d'acqua. In questo caso è improbabile che vi siano sovrapposizioni sostanziali tra gli acquirenti degli indumenti e i beneficiari dei vantaggi ambientali, in quanto questi si verificano soltanto nella zona in cui viene coltivato il cotone. Pertanto, è improbabile che tali benefici collettivi possano andare a vantaggio dei consumatori nel mercato rilevante. Questi vantaggi per l'ambiente, rileva la Commissione, potrebbero pertanto essere presi in considerazione soltanto se, e nella misura in cui, rappresentano benefici individuali non legati all'uso degli acquirenti dell'abbigliamento. Ossia, in altri termini, anche questi ultimi ne traggono un vantaggio¹⁵.

Ora è comprensibile – e anche condivisibile – che l'art. 101 par. 3 sia interpretato nel senso di tutelare i soggetti che sperimentano gli effetti negativi sulla concorrenza derivanti dall'intesa, compensandoli con una congrua parte dei benefici che dall'intesa promanano. Tuttavia, al fine di dare effettività al principio di integrazione degli interessi ambientali nell'art. 101, nel caso di accordi di sostenibilità che producono benefici collettivi si potrebbe pensare di interpretare il concetto di 'congrua parte' in maniera non strettamente condizionata dal principio di compensazione. Vale a dire si potrebbe ritenere che, laddove i benefici ambientali collettivi siano certi e significativi e raggiungano anche i soggetti danneggiati dalla restrizione

¹³ V. Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale, cit., punti 583-584.

¹⁴ V. Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale, cit., punto 585.

¹⁵ V. Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale, cit. ibidem.

della concorrenza, la condizione relativa alla redistribuzione di una 'congrua parte' degli utili sia soddisfatta. Si tratterebbe di un ipotetico modesto sacrificio individuale degli utilizzatori diretto a favorire vantaggi ambientali per l'intera collettività. Questa interpretazione non impedita dalla lettera della disposizione – 'congrua parte' non significa necessariamente piena ed esatta compensazione dei danni – e integrerebbe le esigenze ambientali nell'applicazione dell'art. 101, come imposto dall'art. 11 del TFUE.

3. *L'integrazione delle esigenze ambientali dell'art. 102*

L'art. 102 del TFUE, che stabilisce il divieto di abuso di posizione dominante, probabilmente rappresenta l'esempio più evidente, nel diritto dell'Unione europea, che l'interpretazione di una norma può essere fortemente orientata al perseguimento di un obiettivo di *policy*.

Nei suoi termini letterali e inequivocabili, l'applicazione del divieto previsto da questa norma richiede la sussistenza di due elementi: primo, che un'impresa possieda una posizione dominante in un determinato mercato e, secondo, che tale impresa abusi di questa posizione, sfruttando il proprio potere di mercato direttamente nei confronti dei suoi clienti o dei consumatori (abuso di sfruttamento), oppure utilizzando tale potere per escludere, almeno potenzialmente, dal mercato i suoi concorrenti (abuso di esclusione). Tuttavia, è ben noto che da parecchi anni la Corte, seguendo un po' incautamente i suggerimenti della Commissione, ha aggiunto alla norma, per via interpretativa, un terzo elemento, rappresentato da una deroga al divieto di abuso che viene riconosciuta all'impresa dominante che riesce a giustificare la sua condotta in base a ragioni di efficienza economica. Ad esempio, anche di recente, nella sentenza c.d. Superlega¹⁶ la Corte ha ribadito che l'impresa cui viene ascritta una condotta abusiva può sfuggire dal divieto previsto dall'art. 102 provando che gli effetti negativi sulla concorrenza della sua condotta possono essere controbilanciati, se non addirittura superati, da vantaggi in termini di efficienza che vanno a beneficio anche dei consumatori. In questa prospettiva, ha precisato la Corte, spetta all'impresa dimostrare, in primo luogo, che il suo comportamento può consentire di realizzare incrementi di efficienza; in secondo luogo, che tali incrementi neutralizzano i probabili effetti svantaggiosi per la concorrenza

¹⁶ Corte giust., 21 dicembre 2023, C-333/21, *European Superleague Company*.

e per i consumatori; in terzo luogo, che il comportamento in questione è indispensabile per la realizzazione delle efficienze conclamate e, in quarto luogo, che esso non elimina una concorrenza effettiva sopprimendo la totalità o la maggior parte delle fonti esistenti di concorrenza attuale o potenziale¹⁷.

In sostanza, allorché la Corte ha voluto accogliere nell'art. 102 le esigenze della promozione dell'efficienza economica non ha esitato a 'creare' per via interpretativa una deroga del divieto di abuso, modellata su quella prevista dal par. 3 dell'art. 101, nonostante né i termini usati nell'art. 102, né il suo contesto, né il processo di sua elaborazione indichino che una tale deroga sia possibile.

Ora, per accogliere le esigenze ambientali nell'art. 102 occorre molta meno creatività di quella utilizzata dalla Corte per accomodare nel medesimo articolo quelle relative all'efficienza e, considerato il contenuto dell'art. 11 TFUE, l'operazione ermeneutica appare assai più agevole e legittima.

Due sono gli aspetti sui quali si può fare leva.

Anzitutto, posto che, come visto, la deroga al divieto di abusi è stata modellata sulle condizioni previste per la deroga al divieto di intese restrittive della concorrenza, quanto sopra rilevato circa l'integrazione delle esigenze ambientali nelle condizioni relative all'efficienza e alla redistribuzione degli utili di cui al par. 3 dell'art. 101 può essere trasposto, *mutatis mutandis*, in sede di valutazione delle giustificazioni di un abuso. Ad esempio, se l'abuso imputato è l'imposizione di un prezzo eccessivo, l'impresa dominante potrebbe cercare di motivare il livello del prezzo con l'esigenza di internalizzare i costi ambientali. O ancora, se l'abuso imputato è un contratto legante che condiziona l'acquisto di una bene ad un altro bene o servizio, si potrebbe consentire all'impresa dominante di giustificare la pratica dimostrando che il bene o servizio legati hanno effetti positivi per l'ambiente. Del pari, in sede di applicazione della condizione in base alla quale dei vantaggi dell'abuso devono beneficiare anche i consumatori, si potrebbe accettare che questi vantaggi siano 'congrui' e non rigorosamente compensativi.

In secondo luogo, le esigenze ambientali potrebbero giocare un ruolo nella definizione del mercato rilevante. Questa operazione, come ben noto, è propedeutica e necessaria alla qualificazione della dominanza dell'im-

¹⁷ Sentenza *Superlega*, punti 202 e 204.

presa e dunque condiziona in radice l'applicazione dell'art. 102. Se l'impresa non è dominante, quest'ultima disposizione non è applicabile. Tuttavia, il dominio di un mercato dipende da come si definisce quest'ultimo, in particolare, per il profilo che qui maggiormente rileva, dal punto di vista del prodotto. Ad esempio, una impresa potrebbe essere monopolista nel mercato degli imballaggi di plastica, ma se il mercato rilevante comprende anche gli imballaggi di cartone (ed eventualmente di legno) è probabile che essa non possa essere qualificata come dominante. Come è noto, l'accertamento del mercato va effettuato in base al criterio della ragionevole sostituibilità dei prodotti agli occhi del consumatore elaborato dalla Corte negli anni Settanta¹⁸: se un imballaggio di plastica può essere sostituito da uno di cartone da colui che è interessato all'impiego di questi beni, i due prodotti vanno ascritti ad un unico mercato, se non può essere sostituito, il mercato rilevante è solo quello degli imballaggi di plastica.

Come è facilmente intuibile, questa definizione può avere grande rilievo nella prospettiva di una interpretazione dell'art. 102 orientata in senso ambientale. Infatti, a seconda che i beni con funzioni analoghe ma diverse esternalità negative di tipo ambientale siano considerati o meno tra loro sostituibili si può giungere a conclusioni molto diverse quanto alla dominanza o meno di un mercato e dunque alla possibilità di applicare il divieto di cui all'art. 102. Per illustrare, tornando all'esempio proposto, se la produzione degli imballaggi di plastica comporta un inquinamento molto maggiore della produzione di imballaggi di cartone, la conclusione che entrambi fanno parte del medesimo mercato rilevante potrebbe impedire l'applicazione dell'art. 102 alle pratiche abusive poste in essere dal produttore di imballaggi; se la conclusione fosse opposta, tali pratiche potrebbero essere scrutinate in base a tale disposizione.

Considerando la portata del principio di integrazione delle esigenze ambientali consacrato nell'art. 11 del TFUE, questa impostazione non è soddisfacente. Il problema è rappresentato dal fatto che il criterio della ragionevole sostituibilità come elaborato dalla Corte – e ancora oggi seguito dalla Commissione¹⁹ – rimane unicamente legato alla valutazione dei pro-

¹⁸ Il principio della sostituibilità dei prodotti da utilizzarsi per la definizione del mercato rilevante di prodotto è stato elaborato dalla Corte di giustizia nella sentenza del 14 febbraio 1978, *United Brands Chiquita /Commissione*, C. 27/76, p. 461.

¹⁹ Nella Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante adottata del 22 febbraio 2024, GUUE C/3, che ha sostituito la precedente del 9 dicembre 1997, la Commis-

dotti (o dei servizi) dal lato della domanda: come ricordato, un bene è sostituibile con un altro se è tale agli occhi del potenziale acquirente o utilizzatore. Ciò condiziona la preferenza del bene fabbricato in modo sostenibile alla doppia condizione che i clienti conoscano il suo valore in termini di tutela dell'ambiente e ritengano tale valore correttamente riflesso nel prezzo. Tuttavia, una o entrambe queste condizioni potrebbero non essere soddisfatte: i clienti potrebbero non avere piena consapevolezza del fatto che un determinato bene è prodotto secondo processi sostenibili, oppure anche se ne hanno ottenuto consapevolezza – ad esempio attraverso l'etichettatura – potrebbero ritenere che il prezzo di vendita dello stesso sia comunque eccessivo.

Un approccio al problema del mercato rilevante più in linea con il principio di integrazione delle esigenze ambientali potrebbe fare riferimento, tra i parametri per valutare la sostituibilità dei beni, alle esternalità negative di tipo ambientale derivanti dalla produzione. Ad esempio, per stabilire se effettivamente gli imballaggi di plastica e quelli di cartone vanno collocati o meno nello stesso mercato, oltre alla loro sostituibilità agli occhi degli utilizzatori, si potrebbe valutare l'impatto negativo sull'ambiente che la loro produzione comporta. La circostanza che i costi ambientali siano analoghi sarebbe un elemento che milita a favore della loro appartenenza al medesimo mercato rilevante, viceversa l'accertamento di costi diversi dovrebbe essere preso come elemento di differenziazione dei mercati. In altri termini, per stabilire se due prodotti sono sostituibili l'uno con l'altro occorrerebbe capire se l'impatto sull'ambiente derivante dalla loro produzione è simile o diverso. Il punto non è abbandonare il criterio della sostituibilità dal lato della domanda, ma affiancare ad esso anche il criterio della sostituibilità dal lato dei costi ambientali.

sione ha affermato che nel definire tale mercato dal punto di vista del prodotto, valuta le ragioni sottostanti che spingono i clienti a sostituire o meno un prodotto con un altro, tra le quali possono figurare, oltre al prezzo, anche la qualità intesa nei suoi vari aspetti, incluso quello relativo al fatto che il prodotto sia fabbricato utilizzando una tecnologia sostenibile (v. punti 15 e 50 della Comunicazione).