

## Relazione al Convegno

La Relazione annuale dell'AGCM: una discussione

Università degli Studi di Milano, 14 dicembre 2022

LUCA TOFFOLETTI

### ***Antitrust e ambiente – la tutela dell'ecosistema naturale***

---

È fuor di dubbio, e non sorprende, che la sostenibilità ambientale sia uno dei temi indicati dalla Relazione tra i più importanti per l'attività futura dell'Autorità. Come per i giganti digitali, anche questo è un tema nuovo o almeno di nuove proporzioni, che mette di fronte a problemi particolari.

È fuori di dubbio la rilevanza programmatica che questo tema assume nella Relazione. Ma di due tipologie di intervento in questo campo, la Relazione parla di una soltanto.

In concreto, dal punto di vista applicativo, pratico, l'istanza di dare spazio all'obiettivo della sostenibilità ambientale mette il diritto antitrust di fronte a due fenomeni: da un lato pratiche collusive (o abusive) per ritardare, ostacolare l'attuazione di politiche o condotte sostenibili, dall'altro i cosiddetti accordi di sostenibilità, nel campo della cooperazione orizzontale.

Per le prime si tratta di intensificare l'intervento, di agire sulle sanzioni ecc. Per le seconde si tratta di trovare un equilibrio tra obiettivi in tensione tra loro. Quest'ultimo è un profilo più interessante, ed è quello che non viene trattato nella Relazione (ma probabilmente perché riferisce delle iniziative del 2021, che cadono tutte nella prima tipologia). Nello spirito di questa discussione con l'Autorità cerco di illustrare alcuni dei problemi che si profilano e perché siano di particolare interesse.

Partiamo comunque dalle prime pratiche, coordinate o unilaterali, di ostacolo alla sostenibilità; ne è un significativo esempio la decisione della Commissione nel caso AdBlue (8 luglio 2021, AT 40.178 - Car Emissions). Perché è significativo? Ridotta all'osso la fattispecie è questa: si trattava di un accordo relativo alla dimensione del serbatoio del liquido utilizzato nel sistema catalitico di contenimento delle emissioni di gas nocivi (ossido di azoto) nelle auto con motore diesel. Le case automobilistiche avrebbero potuto competere su questo fronte, con tecnologie concorrenti di

riduzione delle emissioni oltre il livello minimo prescritto dalla legge (con serbatoi diversi e più grandi, sostanzialmente). Qui la particolarità è dunque nel fatto che siamo sul confine della cooperazione tecnica, normalmente lecita, invece qui trattata a tutti gli effetti come un cartello (applicazione di clemenza, sanzioni pesanti).

Tanto siamo sul confine che la Commissione ha accompagnato la decisione con una inedita comfort letter <sup>1</sup>in cui elenca (alle parti, ma tuttavia non nella decisione) altre forme di cooperazione emerse nella investigazione ma al riparo da questo genere di rischi e trattamenti (come ad esempio lo sviluppo congiunto di un software di dosaggio del liquido e tante altre cose per un totale di otto categorie). E con un comunicato stampa che promette che la Commissione non esiterà in futuro a combattere ogni forma di collusione che metta a rischio la realizzazione delle politiche del Green Deal.

Analogamente, la Relazione presenta gli interventi dell’Autorità in questo campo come iniziative volte a *“salvaguardare lo sviluppo della concorrenza delle filiere del riciclo”* dei rifiuti: si tratta di quattro istruttorie, una per intesa e tre per abusi, legate ai consorzi di filiera.

In questo primo ambito c’è quindi un orientarsi delle politiche di intervento generali verso il tema della sostenibilità che, a parte forse spostare il confine tra cooperazione tecnica e cartello, è sostanzialmente un’azione di intensificazione del livello di enforcement. Certo, segna l’emersione della rilevanza delle tematiche, ma non è paragonabile alle complessità che scaturiscono nell’affrontare la seconda categoria, cui adesso passiamo.

Agli accordi di sostenibilità la bozza delle nuove linee guida sulla cooperazione orizzontale, oggetto di consultazione pubblica e in corso di ultimazione, dedica un intero nuovo capitolo, il nono. Di che si tratta in questo caso? Delle iniziative private che vanno, al contrario, verso una maggiore sostenibilità, di accordi per realizzare livelli di protezione ambientale, ad esempio, superiori ai limiti fissati dalla iniziativa pubblica (leggi e regolazione di settore).

---

<sup>1</sup> [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202146/AT\\_40178\\_8022302\\_3050\\_5.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202146/AT_40178_8022302_3050_5.pdf)

I problemi nascono all'interno dei criteri per l'applicazione del 101.3 e in particolare della seconda condizione, quella del "pass-on" o della congrua parte di utile da riservare ai consumatori. Si tratta di un vero e proprio terreno di prova per questa clausola, che si misura con il consumismo verde o etico e deve comunque essere riconciliata con un obiettivo politico generale. Il punto è: si esce dal contesto strettamente "economico", da un bilanciamento di effetti col segno più e col segno meno, che possano essere pesati con una somma algebrica (col segno più: avere un prodotto più performante, averlo a disposizione prima; e col segno meno: ma con prezzi più alti, o minor gamma di scelta), oppure no?

Vediamo con un esempio. Sempre nel campo del contenimento della emissione di gas nocivi.

Se i concorrenti, tutti o i principali in un mercato si accordano per dismettere gli impianti produttivi più vecchi per fare spazio ai nuovi, molto più performanti in punto di contenimento delle emissioni ma molto costosi, quando i vecchi ancora non hanno esaurito la loro vita utile (e stanno ancora al di sotto dei livelli normativi massimi), fanno una cosa molto apprezzabile per la sostenibilità perché l'aria sarà più pulita a parità di livelli produttivi e tutti respireranno meglio.

Certo se lo fanno tutti insieme si rinuncia ai benefici della concorrenza: dalla rivalità tra loro si produrrebbe il classico meccanismo di mercato per cui comincia uno a proporre una combinazione di maggiore sostenibilità, a maggior prezzo, poi segue un altro che investe nei nuovi impianti e però deve fare una combinazione di prezzo più basso (o magari spende meno in contenimento e la sua combinazione sarebbe un po' meno verde a prezzi contenuti?) e così via.

Il punto è che in queste situazioni le iniziative singole e non coordinate potrebbero rallentare di molto, se non impedire del tutto l'ottenimento del risultato (nessuno ha interesse a fare da solo la prima mossa e lasciare che gli altri continuino a praticare prezzi più bassi a minori costi – come nel caso Irish Beef in cui la Commissione<sup>2</sup> e la Corte<sup>3</sup> hanno affrontato una simile fattispecie).

---

<sup>2</sup> Come amicus curiae innanzi al giudice irlandese: *Beef Industry Development Society Ltd (BIDS) 30/3/3010* - [https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/5430d6fb-e4e9-4fbb-9330-f1f1f2789ae5\\_en?filename=amicus\\_curiae\\_2010\\_bids\\_en.pdf](https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/5430d6fb-e4e9-4fbb-9330-f1f1f2789ae5_en?filename=amicus_curiae_2010_bids_en.pdf)

<sup>3</sup> 20/11/2008, C209/07.

Ecco che allora bisogna affrontare il problema di misurare i due tipi di effetti. In particolare, potremo calcolare l'incremento complessivo dei prezzi che discenderà dal collettivo e contemporaneo aumento dei costi. Se si riesce ad avere il valore col segno più per l'aria più pulita si potrà fare una semplice somma algebrica per risolvere il caso, se la somma è positiva l'accordo dovrà essere consentito e viceversa.

Questo è possibile. È proprio quello che ha fatto l'Autorità olandese (pioniere nel campo) in uno dei suoi casi pilota (SER<sup>4</sup>) pervenendo alla conclusione che il contenimento delle emissioni non controbilanciasse la restrizione della concorrenza (gli aumenti di prezzo).

Ma viene fuori, allora, un'altra questione non da poco che è quella dei benefici *di chi* si tratta. La questione cioè se si debba contare il beneficio di tutti quelli che respireranno aria più pulita (gli appartenenti alla comunità che circonda gli impianti produttivi) o solo di coloro che soffrono anche i malefici, ossia gli acquirenti dei beni prodotti nei nuovi impianti.

Quando si è trattato, dopo la modernizzazione, di affrontare questo tema nelle linee guida generali sull'art. 101.3, la Commissione ha indicato la via del bilanciamento solo all'interno del mercato interessato: i benefici per il resto della collettività non sono d'interesse per il diritto antitrust inteso in senso "puro", "solo economico", "più economico". Sappiamo che questa impostazione si basa su una specie di logica giurisdizionale: ci sono cose su cui l'antitrust ha giurisdizione, altre di cui si occupano altre giurisdizioni, quella della politica ambientale, o fiscale ecc. ecc. Non chiedete però all'antitrust di fare altri mestieri, di sconfinare nel territorio di altri poteri.

Vent'anni dopo siamo di fronte a una istanza ben più ampia, e le stesse parole della Relazione sembrano intenderla in una concezione molto generale <sup>5</sup>. Intrecciare politiche della concorrenza e

---

<sup>4</sup> SER Energieakkoord, 26.9.2013: <https://www.acm.nl/en/publications/publication/12082/ACM-analysis-of-closing-down-5-coal-power-plants-as-part-of-SER-Energieakkoord>.

<sup>5</sup> "In una virtuosa interazione tra politiche pubbliche, l'attività svolta dall'Autorità nel 2021 si è indirizzata proprio verso mercati e condotte che *si intrecciano strettamente con le direttrici del percorso di crescita e di sviluppo definite nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: la digitalizzazione e l'innovazione; la transizione ecologica e lo sviluppo delle infrastrutture per una mobilità sostenibile; le tematiche legate all'inclusività della crescita economica*". (Presentazione del Presidente, par. 3)

*"La dimensione della sostenibilità ambientale si affianca all'innovazione e alla digitalizzazione come tratto distintivo dello sviluppo economico di questi anni. L'epocale trasformazione verso una maggiore sostenibilità ambientale se, da un lato, costituisce una formidabile sfida, dall'altro, rappresenta anche una straordinaria opportunità competitiva per*

politiche di sostenibilità sembra il compito di un antitrust che considera, anziché scartare, anziché mettere fuori dal suo campo d'azione, i cc.dd. "non-economic values".

In effetti non è detto che gli "accordi di sostenibilità" debbano essere valutati entro la griglia di parametri e condizioni dell'art. 101.3.

È proprio la particolarità degli interessi in gioco che spinge a interrogarsi se non ci si debba muovere all'interno di una dottrina "*Albany*"<sup>6</sup> che espunge dal campo di applicazione del diritto della concorrenza gli accordi della contrattazione collettiva sindacale, proprio per il rango degli interessi, ossia in un bilanciamento tra politiche (del lavoro, o dell'ambiente da un lato e della concorrenza dall'altro) e non già tra effetti.

O di una dottrina "*Wouters*"<sup>7</sup> che con accenti diversi, quelli della necessità obiettiva rispetto al perseguimento di obiettivi di rango primario (in quel caso l'integrità della professione legale – si discuteva del divieto, imposto dall'Ordine degli avvocati olandesi, di società tra avvocati e commercialisti) comunque conclude col ritenere sottratto all'applicazione del divieto un accordo pur restrittivo, se "*necessario a raggiungere un legittimo interesse pubblico*" (dottrina della regulatory ancillarity).

In realtà, e questo è il segno della portata che ha il tema della sostenibilità, le nuove linee guida introducono un secondo tipo di beneficio individuale il beneficio "non-use" che di fatto fa rientrare nel bilanciamento i benefici collettivi.

Di che si tratta? Di una categoria di benefici che non si traggono, appunto, dall'uso del prodotto in questione ma, tipicamente, dal benessere, dai vantaggi, che si producono sugli altri.

---

le imprese, a beneficio dei consumatori e dell'intera collettività. L'esperienza maturata finora dall'Autorità evidenzia *la stretta complementarità tra gli interessi pubblici sottesi alle norme antitrust e consumeristiche e la tutela ambientale*. In primo luogo, infatti, la concorrenza, stimolata dalla crescente sensibilità dei consumatori verso la tutela dell'ambiente e la lotta ai cambiamenti climatici, offre un'importante spinta verso una maggiore sostenibilità ambientale delle attività economiche, favorendo una "innovazione per la sostenibilità" e risultando così "complementare" agli obiettivi della tutela dell'ambiente" (ibid. par. 3.2).

<sup>6</sup> Corte di Giustizia, 21.9.1999, caso C67/96 – Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie.

<sup>7</sup> Corte di Giustizia, 19.2.2002, caso C309/99 – Wouters et al.

Basta pensare al fatto, sempre restando sull'aria più pulita, che ben si possono avere individui, consumatori, che valutano positivamente che altri possano respirare aria più pulita (si tratta di colui o colei che acquista un prodotto "verde" non tanto per il miglior uso che ne può fare, quanto perché è verde, perché contribuisce a un beneficio generale, in larga parte altrui). Ecco che da questa finestra rientrano non solo i benefici collettivi esterni al mercato rilevante, ma anche molti altri generi di valori di sostenibilità che possono così essere (non senza difficoltà di misurazione) essere ricondotti al contesto del 101.3 (delle Linee Guida del 2004)<sup>8</sup>.

La bozza di linee guida è molto ampia nell'includere generi di benefici non-use (un esempio chiaro, che fanno le linee guida, è quello di una camicia fatta di cotone coltivato con metodi sostenibili: i benefici sono per la comunità cui appartengono i lavoratori – non per chi indossa la camicia e paga il prezzo più elevato). Tanto che espressamente dice che questo tipo di benefici può essere *da solo* sufficiente al contro-bilanciamento delle restrizioni (par. 609).

La considerazione degli obiettivi di sostenibilità quindi rende necessario valutazioni nuove, complesse, che anche all'interno di una logica di economia del benessere lascia entrare valori di questo diverso stampo.

Quello che non si abbandona perciò il terreno del calcolo e quindi della misurazione.

Di qui uno sforzo non piccolo, di adattamento delle metodologie di misurazione. E questa è una impresa che si basa sostanzialmente sulle indagini demoscopiche, e che affronta problemi complessi, che la bozza di linee guida espressamente riconosce richiedere esperienze applicative concrete, cioè casistica che "potrà consentire lo sviluppo di metodologie di valutazione" (par. 608).

---

<sup>8</sup> Ecco un esempio di un tipo particolare; ben vi può essere un apprezzamento individuale di un ecosistema completo di una particolare specie animale, a rischio di estinzione. Non tanto per gli effetti della sua esistenza sull'eco-sistema (anzi assumiamo che non ce ne siano) ma per il semplice fatto che si ritenga migliore un mondo che comprende l'esistenza di quella specie animale, anziché uno che la lascia estinguere. Qui si entra in una logica non consequenzialista, con valori di pura "esistenza". E ci si allontana – come è evidente – dal contesto di riferimento dell'economia del benessere che è alla base dell'analisi antitrust.

Questa *impresa potrebbe risultare vana* se prevalesse una ulteriore via per decidere i casi che presentano problemi di bilanciamento, e quindi, o potremmo dire soprattutto, quelli che riguardano iniziative private di promozione della sostenibilità: la via delle decisioni con impegni.

Sarà questa la strada che imbroccherà l’Autorità? Potrebbe sembrare di sì guardando a certa esperienza applicativa passata, non relativa ad accordi di sostenibilità – non ce n’è stata forse ancora l’occasione – ma ad accordi di cooperazione in altri campi; accordi (Flashfiber<sup>9</sup>, ANIA<sup>10</sup>) che sono stati volontariamente portati all’attenzione dell’Autorità dalle parti, con comunicazioni informali che sono sfociate in un procedimento istruttorio. Non si tratta certo qui di entrare nel merito delle singole decisioni; men che meno di demonizzare l’istituto degli impegni che ben può portare a risultati concretamente soddisfacenti caso per caso.

Il punto però è che con il ricorso agli Impegni, oltre a ritrovarci di fronte un grado molto elevato di discrezionalità (quella della valutazione di idoneità degli impegni), il 101.3 non trova mai applicazione.

E così non solo non si forma quella casistica sulle metodologie di valutazione che la Commissione ritiene indispensabile, ma non si forma il precedente, la giurisprudenza. Su un tema che poi ha portata generale perché il 101.3 è il metodo di bilanciamento che vale anche per gli abusi e le concentrazioni.

Tra l’altro, lasciare alle imprese un’autovalutazione tutta “teorica”, e che si profila costosa (il ricorso a indagini demoscopiche è praticamente ineludibile), ma priva di agganci a una prassi decisionale e quindi altamente incerta, potrebbe innescare un circolo vizioso di disincentivazione. Che si potrebbe forse rompere mediante uno sforzo comune che dal lato delle Autorità potrebbe consistere nella messa a disposizione di forme di confronto, anche informale.

---

<sup>9</sup> Caso I-799, decisione del 28 marzo 2018.

<sup>10</sup> Caso I-844, decisione del 21 settembre 2021.

Come detto, di questo nella Relazione non si trova cenno. Giustamente invece la Relazione, e concludo, sottolinea la particolare complementarità dell'azione antitrust e dell'enforcement della tutela del consumatore in questo ambito.

Ma se si parla del perseguimento di benefici comuni, di consumismo etico e di greenwashing c'è un'ulteriore competenza dell'Autorità, che ancora non ha trovato alcuna occasione applicativa: è la vigilanza che il legislatore le assegna sulle società Benefit. Ossia proprio su uno strumento a servizio dell'iniziativa privata nel campo della responsabilità sociale, un ibrido che alla prova dei fatti sembra conquistarsi una significativa diffusione e che risponde alla crescita della domanda di prodotti verdi.

Questo sembra essere un altro strumento, con potenzialità tutte da scoprire (il punto è quale sia l'ampiezza dei poteri assegnati all'Autorità <sup>11</sup>), ma che certamente potrebbe dare, nella chiave della complementarità degli interventi, un sostegno in termini di chiarezza delle informazioni per i consumatori, e di certezza per le imprese che adottano questa forma di società proprio per incontrare una domanda di sostenibilità anche riflessa nelle scelte di consumo.

---

<sup>11</sup> Affronto la questione in L. Toffoletti, *La mancata attuazione dei benefici esterni nelle società benefit*, in *Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale*, 2021, 1.