

Alberto De Pra

**DIFESA DI SOSTENIBILITÀ
AMBIENTALE E ABUSO DI
POSIZIONE DOMINANTE**

Estratto

Difesa di sostenibilità ambientale e abuso di posizione dominante

SOMMARIO: 1. Premesse e inquadramento del problema. — 2. L'interpretazione dell'art. 102 TFEU e la nozione di abuso. — 3. Il tema della sostenibilità ambientale nel quadro normativo dei Trattati: effetti sull'art. 102 TFEU. — 4. Circostanze "scriminanti" negli abusi escludenti e negli abusi di sfruttamento e il problema del *consumer welfare*. — 5. Ipotesi di valorizzazione pro-concorrenziale di condotte determinate da finalità di sostenibilità. 6. Considerazioni conclusive.

1. *Premesse e inquadramento del problema.* — Secondo il *CDP Carbon Majors Report* ⁽¹⁾, tra il 1988 e il 2015 venticinque tra le più grandi società al mondo hanno prodotto il 51% del totale delle emissioni di gas serra, mentre le prime cento società ne hanno emesso il 71%. Da tale dato si ricava che le fonti di maggiore pericolo per le emissioni in atmosfera derivano dalle grandi imprese le quali non sono certamente insensibili al problema e, anzi, sembrano progressivamente coscienti della necessità di adottare scelte produttive orientate alla maggiore sostenibilità.

Più in generale, è oramai molto frequente che nel dibattito scientifico si ponga — secondo diversi punti di vista — il tema della sostenibilità dell'attività d'impresa. Dinanzi alla progressiva degenerazione dell'eco-sostenibilità del pianeta, il c.d. fattore ESG (*Environmental, Social, Governance*) — a volte abusato e non privo di contraddizioni al proprio interno ⁽²⁾ — richiama l'attenzione di economisti, aziendalisti, sociologi e giuristi i quali se da un lato esprimono tutti la necessità di una progressione dell'attività economica verso un orizzonte maggiormente sostenibile, dall'altro lato non è sempre chiaro quale sia il migliore approccio a un problema così epocale per le sorti della popolazione mondiale.

Anche sotto il profilo del diritto dell'impresa il tema pone problemi di concreta individuazione delle finalità di nuove norme positive, di una corretta gerarchia delle fonti che dovrebbero vincolare il comportamento delle imprese e, con particolare riguardo alle tematiche relative ai diversi interessi che possono porsi in contrapposizione, quale debba prevalere sull'altro. Infatti discorrere di

⁽¹⁾ GRIFFIN, Report, *The Carbon Majors Database, CDP Carbon Majors Report*, 2017 reperi bile in <https://cdn.cdp.net/cdp-production/cms/reports/documents/000/002/327/original/Carbon-Majors-Report-2017.pdf?1501833772>.

⁽²⁾ CERRATO, *Appunti per una via italiana all'ESG. L'impresa costituzionalmente solidale (anche alla luce dei nuovi artt. 9 e 41, comma 3, Cost.)*, in *Analisi giur. econ.*, 2022, 63 ss., in part. 70, per cui «ESG è, in sintesi estrema, un concetto astratto e generico e riassume un'idea, una speranza; ma che — come il vaso di pandora — contiene una panoplia di possibili strategie di approccio e gestione dei problemi, ognuna tanto buona ed efficace quanto le altre, ma ciascuna solo se calate entro una specifica realtà sociale e imprenditoriale».

ESG impone di considerare, per lo meno di sia profili finanziari (è sostenibile l'impresa che assicura la propria continuità nel medio e lungo periodo con strategie equilibrate e sufficientemente prudenti e accorte) ⁽³⁾ sia profili di impatto dell'attività d'impresa all'esterno.

Appare in ogni caso sempre meno eludibile l'attualità e la gravità del problema della degenerazione dell'ecosistema a livello globale e, quindi, la necessità di rivedere a livello di *policy* generale la "scala di priorità" sia a livello di regolamentazione (con interventi eventualmente più invasivi da parte del regolatore) sia per quanto riguarda l'applicazione di altre norme dell'ordinamento nazionale o euro-unitario che, direttamente o indirettamente, vengono attinte dal comportamento delle imprese teso al perseguimento di obiettivi ESG. Ciò è confermato dalla mole dell'attuale produzione scientifica e dall'intenso dibattito tutt'ora in corso e che sembra destinato a non trovare approdi sicuri nel breve termine.

Secondo una diffusa opinione è principalmente compito del legislatore e del regolatore occuparsi del tema della sostenibilità in tutte le sue diverse declinazioni ⁽⁴⁾. Si tratta, com'è evidente, di scegliere quale interesse sia degno di maggiore tutela in ogni caso in cui le istanze di maggiore sostenibilità si pongono anche in potenziale contrasto con istanze di diversa natura. Nei casi di interventi del regolatore, l'attività delle imprese, se posta in essere in ossequio a vincoli normativi, può dirsi esente da ogni forma di censura da parte delle Autorità antitrust ⁽⁵⁾. Ciò vale sia per il caso degli aiuti di Stato direttamente o indirettamente in favore di determinati settori dell'industria ⁽⁶⁾ sia nel caso delle intese restrittive della concorrenza tese al raggiungimento di parametri di sostenibilità che siano normativamente vincolanti per le imprese.

⁽³⁾ STELLA RICHTER JR., *Corporate Sustainability Due Diligence: noterelle semiserie su problemi serissimi*, in *Riv. soc.*, 2022, 714 ss., in part. 720, per cui «ciò che appare certo è che la *due diligence* è finalizzata a prevedere, impedire e minimizzare gli impatti dell'azione delle società su valori, interessi e diritti genericamente richiamati, di cui poi si tenta (senza riuscirci) una più precisa specificazione attraverso una lunghissima elencazione di convenzioni internazionali, protocolli e carte dei diritti, dal contenuto per lo più generalissimo e vago, richiamate nell'allegato che diviene forse la parte più precettiva della Direttiva». In precedenza, ID., *Long Terminism*, in *Riv. soc.*, 2021, 29 ss.

⁽⁴⁾ Si tratta di una posizione da tempo nota e ritenuta, almeno secondo una corrente di pensiero, imprescindibile: cfr. BORK, *The Antitrust Paradox*, Free Press, New York, 1978, 115.

⁽⁵⁾ Come ora previsto dalle nuove *Guidelines* (2023) in materia di cooperazione orizzontale tra imprese — entrate in vigore il 1° luglio 2023 — in cui si legge (par. 598) che: «However, the parties to an anti-competitive sustainability agreement will not be liable under Article 101 if they have been compelled or required by public authorities to conclude the agreement or where the public authorities reinforce the effects of the agreement». Su questi temi sia consentito rinviare a DE PRA, *Sostenibilità e divieto di intese restrittive della concorrenza alla luce della recente normativa europea*, in *N. leggi civ. comm.*, 2023, 736 s.

⁽⁶⁾ Cfr., sul punto, la comunicazione della Commissione Europea, *Guidelines on State aid for climate, environmental protection and energy 2022*, emanata il 18 febbraio 2022 e le parole della Commissaria alla concorrenza Margrethe Vestager «Europe will need a considerable amount of sustainable investments to support its green transition. Although a significant share will come from the private sector, public support will play a role in ensuring that the green transition happens fast. The new Guidelines endorsed today will increase everything we do to decarbonise our society. Among others, they will facilitate investments by Member States, including in renewables, to accelerate the achievement of our Green Deal, in a cost-effective way. This is a major step to ensuring that our State aid rules play their full role in supporting the European Green Deal».

Tuttavia, il ruolo del regolatore non sempre appare idoneo a causa di una diffusa resistenza da parte degli operatori rispetto alla generale tendenza all'offerta di prodotti o servizi maggiormente sostenibile (7). In presenza di tali fenomeni di fallimenti del mercato, e che anche secondo la teoria economica dovrebbero essere affrontati dalle politiche regolatorie e non quindi, almeno tradizionalmente, dall'*antitrust enforcement*, esiste comunque una parte delle imprese che nel perseguimento di una non miope strategia (che quindi non ignora, per lo meno parzialmente, l'esistenza di esternalità negative non coperte dal prezzo del bene) (8), aspirano a tendere verso una maggiore sostenibilità.

Ciò può avvenire "volontariamente" e nella maggior parte dei casi non per fini (esclusivamente) altruistici (9) ma perché, al verificarsi di determinate condizioni di mercato, le imprese si attendono una risposta positiva da parte del consumatore. Un'auspicabile transizione "virtuosa" può quindi essere agevolata in larga misura da una "seconda via" rappresentata da iniziative private di una o più imprese che, in questo modo, tendono ad assumere anche un ruolo di supplenza rispetto ai fallimenti di mercato delle politiche pubbliche. Tale attività richiede spesso iniziative che necessitano il coinvolgimento di una pluralità di imprese, anche in rapporti di diretta concorrenza tra loro (10), ciò in considera-

(7) Oltre alla nota tendenza, a livello nazionale, alla c.d. destatalizzazione di funzioni fondamentali per le comunità nazionali, fenomeno che con l'affidamento di sempre maggiori compiti propri dello Stato o degli enti locali ai privati in applicazione del principio costituzionale della sussidiarietà orizzontale, ha visto il potere pubblico abdicare, per ragioni note di debolezza economica e organizzativa, di fronte non solo a nuove sfide ma anche a consolidare posizioni di tutela di interessi pubblici, rinvigorendo l'idea che i c.d. corpi sociali intermedi (associazioni, enti, società, ecc.) debbano rispondere anche al perseguimento di interessi generali. Questo il pensiero di CERRATO, (nt. 2), 74. In senso critico rispetto a tale tendenza anche TOMBARI, *Corporate purpose e diritto societario: dalla «supremazia degli interessi dei soci» alla libertà di scelta dello «scopo sociale»*, in *Riv. soc.*, 2021, 3.

(8) Nel senso che, tradizionalmente, la curva dell'offerta è espressione dei soli costi o ricavi marginali dell'impresa e non contiene (o rappresenta sugli assi cartesiani) anche i costi sociali o ambientali. Di conseguenza, il punto di equilibrio è dato dall'incontro tra i soli costi interni e il ricavo marginale. L'esistenza di costi c.d. esterni, derivanti per esempio da danni ambientali derivanti dall'attività produttiva, non vengono "internalizzati" e tale evento risulta particolarmente inefficiente dal punto di vista del benessere sociale perché determina una perdita secca (c.d. *deadweight loss*) determinata dall'ammontare dei costi aggiuntivi sopportati dalla società quale conseguenza di una sovra-produzione di beni o servizi inquinanti.

(9) Nel quale caso l'ente non ricadrebbe all'interno della nozione di "impresa" tradizionalmente propria del diritto della concorrenza: cfr. WHISH, BAILEY, *Competition Law*⁸, Oxford, Oxford university press, 2015, 85 s.

(10) Occorre dare atto che la Commissione Europea ha da poco emanato il nuovo regolamento di esenzione per categoria in materia di restrizioni verticali (Reg. UE 2022/720 del 10 maggio 2022, entrato in vigore il 1° giugno 2022). L'emanazione del nuovo Regolamento è stata dettata dalla necessità di sostituire il precedente reg. 330/2010 UE la cui scadenza era fissata al 31 maggio 2022. Quasi contemporaneamente, in data 30 giugno 2022 sono state pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione le nuove *Guidelines* in materia di restrizioni verticali (2022/C 248/01).

Mentre il nuovo Regolamento non fa cenno al tema della sostenibilità, le *Guidelines* vi dedicano una sezione introduttiva nella quale viene riconosciuto che lo sviluppo sostenibile rappresenta una priorità tra gli obiettivi dell'Unione. Significativamente, la nozione di sustainability (par. 8) «includes, but is not limited to, addressing climate change (for instance, through the reduction of greenhouse gas emissions), limiting the use of natural resources, reducing waste and promoting animal welfare», riconoscendo subito dopo che «The Union's sustainability, resilience and digital objectives are furthered by efficient supply and distribution agreements between undertakings». Nel medesimo paragrafo, tuttavia, si dà atto che gli accordi verticali che perseguono obiettivi di sostenibilità non rappresentano una distinta categoria di accordi verticali e che tali accordi debbono essere valutati

zione anche del fenomeno del c.d. *first mover disadvantage* ⁽¹¹⁾. Ciò può quindi comportare, per lo meno nel breve e medio termine, maggiori costi frutto della cooperazione tra imprese che potrebbero determinare (per lo meno per un certo periodo) un aumento dei prezzi o, comunque, rappresentare una forma di restrizione della concorrenza rilevante ai fini dell'art. 101 TFUE.

Esiste anche la possibilità che un'impresa che già detenga un significativo potere di mercato, e che quindi sia in posizione dominante, possa autonomamente porre in essere condotte tese alla maggiore sostenibilità assumendo che essa non soffra dello svantaggio del *first mover*. Nel fare ciò è possibile che la condotta dell'impresa in posizione dominante configuri un abuso. Il quesito che si pone è quindi se, sulla base dell'attuale impostazione relativa all'applicazione dell'art. 102 o anche facendo riferimento a un diverso percorso argomentativo, la oggettiva ragione di sostenibilità della condotta dell'impresa dominante possa rappresentare un elemento che determina, o contribuisce a determinare, il venire meno dell'abusività della condotta.

Da più parti è stato comunque segnalato che le incertezze che caratterizzano

«using the principles set out in these Guidelines, while taking into account the specific objective that they pursue. Accordingly, the exemption provided by Article 2(1) of Regulation (EU) 2022/720 applies to vertical agreements that pursue sustainability, resilience and digital objectives, provided that they meet the conditions of the Regulation». In questa sede non è possibile fornire alcun commento approfondito ma è evidente che la posizione della Commissione appare, almeno a una prima analisi, piuttosto ambigua e lascia completamente indefinito il criterio per includere le istanze di sostenibilità nell'applicazione dell'esenzione per categoria. Del resto, proprio per le ragioni temporali cui si è fatto riferimento, le nuove *Guidelines* in materia di restrizioni verticali fanno inevitabilmente riferimento alle Linee Guida in materia di accordi di cooperazione orizzontale del 2011 che sono oggetto di revisione proprio con riguardo al tema della sostenibilità, come verrà messo in evidenza nel prosieguo del presente lavoro. Le *Guidelines* in materia di restrizioni verticali forniscono solamente due esempi di possibile "inclusione" di valutazione di istanze di sostenibilità in tema di distribuzione selettiva (par. 144) e con riguardo agli accordi di non concorrenza tesi a evitare fenomeni di *hold-up* nel caso di investimenti di lungo termine nel settore delle energie rinnovabili in cui è reputato necessario immaginare un periodo superiore a cinque anni (limite massimo fissato dall'art. 5, par. 1, reg. UE 2022/720) in cui un'impresa può necessitare di legare a sé un sufficiente numero di consumatori (par. 316).

⁽¹¹⁾ Inteso come tale il possibile svantaggio competitivo che può subire l'impresa che per prima modifica le proprie scelte strategiche in direzione di una maggiore sostenibilità. Sul punto si v. le considerazioni rese note nello studio della OEDC, *Environmental Considerations in Competition Enforcement*, 1° dicembre 2021, 10, ove si legge che «There may be at least three kinds of scenarios where unilateral sustainability initiatives may not take place or be very effective: cases where a tragedy of the commons-type of scenario, or lack of coordination between market players, is not adequately addressed by government regulation. This means that companies face a 'first-mover disadvantage' and will not invest in greener production or process if they fear they will be undercut by their rivals. Co-operation between businesses in these situations may address this market failure». In senso conforme, MALINAUSKAITE, *Competition Law and Sustainability: EU and National Perspectives*, in *J. Eur. Competition L. & Practice*, 2022, 1 ss., in part. 3: «a circular economy, where recycling and recovering materials in production/distribution and consumption processes are brought back to the market by its definition entails 'first mover disadvantage' with high investment cost. Therefore, cooperation in sustainability initiatives between economic agents, holding a 'long-term view on economic relations' and resting 'on a notion of corporate responsibility' beyond economic profit are essential». Nello stesso senso, tra i più recenti, HOLMES, *Climate change, sustainability and competition law*, in *J. Antitrust Enforcement*, 2020, 354 s., in part. 367; DOLMANS, *Sustainable Competition Policy*, in *Competition Law & Economics Debate*, 2020, 4 s.; ZHANG, SONG, *Do First-Movers in Marketing Sustainable Products Enjoy Sustainable Advantages? A Seven-Country Comparative Study*, in *Sustainability*, 2020, 450 s. e GERBRANDY, *Rethinking Competition Law within the European Economic Constitution*, in *J. Common Market Studies*, 2019, 132.

il rapporto tra tutela della concorrenza e istanze di sostenibilità ambientale portano le imprese ad adottare comportamenti che, pur essendo virtuosi nella loro ispirazione, finiscono per non essere concretizzati per il timore di violare le norme a tutela della concorrenza⁽¹²⁾. Di qui la necessità di verificare se via sia spazio per una “difesa” di sostenibilità nei casi di abuso di posizione dominante.

2. *L'interpretazione dell'art. 102 TFEU e la nozione di abuso.* — Nel corso dei decenni l'applicazione degli art. 101 e 102 TFEU ha percorso strade per taluni aspetti simili ma in grande parte autonome⁽¹³⁾. Ciò è da ascrivere anche al fatto che le due norme hanno un'impostazione che, per lo meno, formalmente, appare diversa. Tra le più rilevanti differenze è possibile menzionare il fatto che, a differenza di quanto accade per l'art. 101, il divieto dell'abuso di posizione dominante (che sia suscettibile di pregiudicare il commercio tra gli Stati membri) introduce nell'ordinamento una previsione di carattere generale che necessita di volta in volta, nella sua applicazione, di essere “calata” nella fattispecie concreta rappresentata dalla condotta ritenuta abusiva. Sotto altro profilo, la genericità della norma di divieto di abuso non gode di una previsione simile a quella prevista dall'art. 101, par. 3, TFEU. In altri termini se da un lato la regola che reprime gli abusi appare generale (e quindi da riempire di volta in volta)⁽¹⁴⁾ non esiste sul piano positivo un criterio generale per la sua interpretazione, al netto delle ipotesi esemplificative previste dall'art. 102, par. 2, TFEU.

Accanto alla *Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings* del 2009 (nel prosieguo, la “*Guidance*”) — che contiene al proprio interno alcuni paragrafi relative alle possibili *Objective necessity and efficiencies* di cui sarà dato atto — non esiste alcun elemento, nemmeno di *soft law*, che aiuti a comprendere cosa si intenda per abuso e quali siano gli esatti confini per affermarne la ricorrenza⁽¹⁵⁾.

⁽¹²⁾ È piuttosto recente la presa di posizione di Joachim Wenning, CEO di Munich RE (la più grande compagnia di riassicurazione), riportata da *businessinsurance* del 31 marzo 2023, per cui «In our view, the opportunities to pursue decarbonization goals in a collective approach among insurers worldwide without exposing ourselves to material antitrust risks are so limited that it is more effective to pursue our climate ambition to reduce global warming individually» commentando l'uscita della società dalla *United Nation's Net-Zero Insurance Alliance* (NZIA).

⁽¹³⁾ Una comparazione tre condotte simili ma oggetto di censura attraverso l'applicazione dell'art. 101 o 102 TFEU, con esiti non sempre coerenti, si v. la rassegna (in parte superata dall'evoluzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia) di IBAÑEZ COLOMBO, *Beyond the “More Economic-Based Approach”*; *A Legal Perspective on Article 102 TFEU Case Law*, in *Common M. L. Rev.*, 2016, 709 ss.

⁽¹⁴⁾ Secondo GUIZZI, *Brevi note intorno al c.d. more economic approach e al benessere del consumatore nell'applicazione del diritto antitrust*, in *Esiste uno “stile giuridico” neoliberale? Atti dei seminari per Francesco Denozza*, a cura di Sacchi e Toffoletto, Milano, Giuffrè, 2019, 235 ss., in part. 241, «L'idea che anche nell'applicazione delle disposizioni in materia di abuso di dominanza l'interprete, nel giudicare della liceità delle condotte dell'impresa, debba procedere principalmente attraverso un giudizio per valori è, dunque, in definitiva, connaturata al modo in cui la norma è costruita, e nella sostanziale elasticità delle relative fattispecie».

⁽¹⁵⁾ Cfr., sul punto, LIBERTINI, *Abuso del diritto e abuso di posizione dominante*, in *Rivista ODC*, 2018, 3, 1 ss., in part. 6, per il quale «su un piano teorico-generale, la norma divieto di a.p.d. [abuso di posizione dominante] si presenta come una norma che contiene una fattispecie a contenuto indeterminato, ma che è pur sempre, sul piano logico, una fattispecie che costituisce componente di

È quindi necessario non solo contestualizzare la condotta di volta in volta in esame ma anche, per comprendere l'evoluzione interpretativa dell'art. 102, ripercorrere brevemente l'evoluzione della giurisprudenza sul punto. Ciò senza pretesa di completezza ma cercando di mettere in evidenza taluni elementi utili ai fini del ragionamento che verrà sviluppato successivamente.

Un primo quesito che fin dai tempi della sua introduzione nel Trattato di Roma caratterizza la discussione circa la fattispecie oggi disciplinata dall'art. 102 è se essa debba essere considerata in termini strettamente oggettivi, nel senso della irrilevanza dell'elemento intenzionale da parte dell'impresa dominante⁽¹⁶⁾, oppure se l'elemento soggettivo, sia pure declinato sotto diversi profili, possa avere una certa rilevanza ai fini di accertare pienamente la condotta abusiva⁽¹⁷⁾. Al di là delle ricorrenti affermazioni della giurisprudenza sul punto, un più attento esame del ragionamento dei giudici induce a ritenere che, per lo meno con riguardo a talune condotte riconducibili all'art. 102, l'elemento soggettivo dell'impresa dominante acquisti un ruolo di elemento della fattispecie più che quello di una componente funzionale al rafforzamento di ciò che sarebbe stato già accertato dalla Autorità antitrust. In proposito un primo esempio è dato dalla pratica dei prezzi predatori (nei casi in cui il prezzo si collochi tra i costi medi variabili e i costi medi fissi, secondo la nota giurisprudenza del caso *Akzo*) ma si assiste a un ruolo crescente della rilevanza dell'intento dell'impresa dominante anche in casi di *refusal to deal*, *discounts* o *rebates* e altri tipi di abuso⁽¹⁸⁾. Per esempio nel caso *Tomra* (una condotta di *exclusive dealing*) la Corte di Giustizia ha operato un cenno al fatto che la Commissione debba considerare la complessiva strategia dell'impresa⁽¹⁹⁾ senza tuttavia enfatizzare eccessivamente tale considerazione⁽²⁰⁾. Vi è comunque chi ha rilevato una tendenza a una maggiore

una norma di condotta accompagnata da una sanzione afflittiva. Nel costruire la fattispecie, l'interprete dovrà pur sempre operare secondo criteri di generalità e astrattezza, applicando principi e giudizi di valore che dovranno essere a loro volta fondati in un contesto più generale».

⁽¹⁶⁾ Ciò, a esempio, nella sentenza del Tribunale EU, 1° luglio 2010 (*Astrazeneca*) § 356, per cui gli abusi «must be assessed on the basis of objective factors and [...] proof of the deliberate nature of the conduct and the bad faith of the undertaking in a dominant position is not required for the purposes of identifying an abuse of dominant position»; Conforme SIRAGUSA, *Italy - New Forms of Abuse of Dominance and Abuse of Law*, in *Abuse of Dominance in EU Competition Law - Emerging Trends*, a cura di Parcu, Monti e Botta, Celtenham, Edward Elgar, 2017, 134.

⁽¹⁷⁾ In giurisprudenza la più recente interpretazione è nel senso che l'elemento intenzionale nelle ipotesi di abuso di posizione dominante ha la funzione di rafforzare la dimostrazione dell'esistenza dell'abuso. Occorre effettivamente notare che né l'art. 101 né l'art. 102 fanno alcuna menzione dell'elemento soggettivo che viene in rilievo esclusivamente all'interno dell'art. 23, § 2, del Reg. n. 1/2003, unitamente alla negligenza, quale elemento da valutare per per l'enità dell'irrogazione di una sanzione pecuniaria.

⁽¹⁸⁾ ACTIS PERINETTO, *Intent and competition law assessment: useless or useful tool in the quest for legal certainty?*, in *Eur. Comp. J.*, 2019, 153 ss., in part. 164.

⁽¹⁹⁾ Corte di Giustizia, 19 aprile 2012, § 19, per la quale « It must be observed in that regard that where the Commission undertakes an assessment of the conduct of an undertaking in a dominant position, that assessment being an essential prerequisite of a finding that there is an abuse of such a position, the Commission is necessarily required to assess the business strategy pursued by that undertaking. For that purpose, it is clearly legitimate for the Commission to refer to subjective factors, namely the motives underlying the business strategy in question».

⁽²⁰⁾ Corte di Giustizia, 19 aprile 2012, § 20 e 21, «the existence of any anti-competitive intent constitutes only one of a number of facts which may be taken into account in order to determine that a dominant position has been abused. However, the Commission is under no obligation to establish

valorizzazione dell'intento dell'impresa dominante ⁽²¹⁾, e quindi a evitare il rischio di falsi positivi, soprattutto nei casi in cui non vi è un'oggettiva evidenza dell'abuso e siano necessari ulteriori elementi per verificare l'anti-concorrenzialità del comportamento dell'impresa.

Se da un lato ciò è certamente corretto, dall'altro lato mi pare che in modo altrettanto simmetrico anche la dimostrazione dell'assenza dell'elemento soggettivo possa, in taluni casi, e — direi inevitabilmente — anche sulla base di parametri oggettivi, rappresentare un elemento da tenere in considerazione anche ai fini della non configurazione dello stesso illecito.

Una posizione che, a mio parere è divenuta sempre più recessiva, è invece quella che ritiene che la fattispecie dell'abuso di posizione dominante possa essere "divisa", soprattutto per quanto attiene agli abusi per esclusione, tra condotte che risultavano di per sé abusive (c.d. *naked abuses*) e altre condotte che, invece, sono suscettibili di un'analisi circa i loro effetti in termini di restrizione della concorrenza. Tale tendenza ha subito una progressiva mutazione che ha portato recentemente la Corte di Giustizia a sminuire sempre di più gli aspetti di illegalità "per sé" della condotta abusiva in favore dell'analisi finalizzata a verificare la loro effettiva portata restrittiva o escludente. In qualche modo legata al primo orientamento è la ricorrente affermazione, tenuta ferma anche di recente, per cui sull'impresa dominante incomberebbe sempre una "speciale responsabilità" in modo tale per cui, in ragione del potere di mercato detenuta, l'impresa sarebbe tenuta a non impedire la sussistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di riferimento ⁽²²⁾. Tale asimmetria di trattamento nei confronti dell'impresa dominante è stata spesso affermata in casi relativi al rifiuto di accesso a una *essential facility*, con la relativa estensione del ragionamento ai diritti di proprietà intellettuale. I confini della speciale responsabilità non sono tuttavia chiari nella loro definizione e necessitano di essere interpretati.

Ulteriore elemento caratterizzante della repressione degli abusi escludenti, oramai ripetutamente applicato dalla giurisprudenza, è il principio per cui ai fini della delimitazione delle condotte abusive esse dovrebbero produrre un effetto negativo per i concorrenti che siano altrettanto efficienti rispetto all'impresa dominante (*as efficient as competitor*). In linea di principio tale nozione appare sotto un certo profilo convincente in quanto, seguendo un approccio legato agli effetti della condotta, tende a delineare un mercato in cui solamente chi è in grado di reggere il confronto concorrenziale in termini di efficienza merita di trovare tutela da parte delle norme *antitrust*. Mi pare che tale approccio, come ricordato oramai divenuto "parte" dell'analisi della giurisprudenza, meriti di essere seguito in linea generale anche se manca (per lo meno dal punto di vista giuridico) una sua perfetta declinazione. Ciò soprattutto perché sino ad ora se ne

the existence of such intent on the part of the dominant undertaking in order to render Article 82 EC applicable».

⁽²¹⁾ AKMAN, *The Role of Intent in the EU Case Law on Abuse of Dominance*, in *Eur. L. Rev.*, 2014, 316 ss., in part. 326

⁽²²⁾ Secondo LIBERTINI, (nt. 15), 7 tale formula «ha anche una valenza normativa precisa: stabilisce che l'impresa dominante non può comportarsi, nel mercato, con la stessa libertà d'azione di cui dispone — sul piano giuridico — un'impresa soggetta a pressione concorrenziale».

è data una definizione che sembra, almeno secondo parte della giurisprudenza, influenzata dal grado di potere di mercato dell'impresa dominante ⁽²³⁾ e, sotto altro aspetto, concentrata sulla struttura dei costi del concorrente soggetto passivo dell'abuso, focalizzandosi in modo forse non del tutto opportuno esclusivamente sul concetto di efficienza produttiva. Mi sembra un approccio riduttivo soprattutto se la competizione tra le imprese si svolge sul terreno dell'innovazione, in mercati in forte evoluzione e nel caso in cui vi sia una determinata domanda potenziale che l'impresa dominante tende a soddisfare, sia pure — in ipotesi — ponendo in essere anche solo per un breve periodo un comportamento abusivo.

3. *Il tema della sostenibilità ambientale nel quadro normativo dei Trattati: effetti sull'art. 102 TFEU* — Si è già accennato al fatto che nell'ambito di applicazione dell'art. 101 TFEU il tema della sostenibilità ambientale è stato oggetto di numerosi interventi sia di *policy* generale sia nell'ambito di norme di *hard law* che di *soft law*. Parallelamente, sempre in tema di accordi restrittivi della concorrenza, diverse sono state le iniziative da parte di Autorità della concorrenza di singoli Stati membri e non solo ⁽²⁴⁾.

Diverso è il caso per quanto concerne l'applicazione dell'art. 102 TFEU nell'ipotesi in cui nella condotta delle imprese in posizione dominante rilevino comportamenti tesi a una maggiore sostenibilità ambientale oppure, al contrario, se tali istanze siano ignorate dalle medesime imprese. Invero, la letteratura si è da tempo interrogata sull'incidenza del “fattore sostenibilità” sull'applicazione dell'art. 102 TFEU giungendo, per una parte, ad elaborare due diverse posizioni che hanno comunque in comune una risposta affermativa circa la rilevanza di tale fattore nella valutazione concorrenziale del comportamento abusivo delle imprese ⁽²⁵⁾. Si è, infatti, parlato della sostenibilità quale spada contro gli abusi (*sword*) e quale scudo contro le accuse di abuso (*shield*). Intendendo con la prima la possibilità di individuare comportamenti abusivi da parte di imprese in posizione dominante che omettano il perseguimento di azioni pro-sostenibilità anche nei casi in cui tali condotte non risultino in violazione di altre norme

⁽²³⁾ Cfr. In proposito il caso *Post Danmark II* (Corte di Giustizia, 6 ottobre 2015).

⁽²⁴⁾ Anche il *Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz* ha pubblicato il 22 marzo 2023 uno studio “Wettbewerb und Nachhaltigkeit in Deutschland und der EU” sulla base del quale, e sulla scorta dei commenti ricevuti, intende adottare le misure più opportune al fine di incentivare la sostenibilità delle imprese.

⁽²⁵⁾ Oltre alla monografia di KINGSTON, *Greening EU Competition Law and Policy*, Cambridge University Press, 2011, in tempi più recenti si v. AA.VV., *Sustainability and competition policy*, in *Concurrences*, On Topic n.1, 2023, 1 ss.; IACOVIDES, MAUBOUSSIN, *Sustainability Considerations in the Application of Article 102 TFEU: State of the Art and Proposals for a More Sustainable Competition Law*, (ssrn) di prossima pubblicazione nel volume *Research Handbook on Competition Law and Sustainability*, Celenham, Edward Elgar, 2023; MAUBOUSSIN *Enviromental defences as a shield from Article 102 TFEU*, in *Concurrences*, 2022, 3 ss.; HOLMES, MEAGHER, *A sustainable future: how can control of monopoly power pay a part? Part I. Monopoly power: a barrier to a sustainable future*, in *ECLR*, 2023, 16 ss.; *Id.*, *A sustainable future: how can control of monopoly power pay a part? Part II. Using competition law to tackle unsustainable practices as abuses of monopoly power*, in *ECLR*, 2023, 60 ss.

dell'ordinamento ⁽²⁶⁾. La seconda (altrimenti definita quale “integrazione negativa”), cui è dedicato il presente scritto, è invece incline ad accertare se tra le giustificazioni oggettive della condotta (o comunque tra le ragioni della non punibilità dell'abuso) possa essere inclusa anche la finalità di sostenibilità vuoi, secondo alcuni, sotto l'aspetto della necessità oggettiva vuoi, secondo altri, utilizzando la c.d. *efficiency gains justification*. Non sono mancate, invero, anche posizioni che tendono a sminuire (se non ad escludere) l'incidenza della sostenibilità nell'una e nell'altra accezione ⁽²⁷⁾.

Volendo seguire gli attuali orientamenti giurisprudenziali a livello europeo entrambe le posizioni non mi paiono pienamente condivisibili. Con riguardo alla prima appare difficile condividere che il comportamento non *sustainability friendly* possa assurgere a un livello tale da rappresentare un abuso di posizione dominante. Ciò mi pare dovuto principalmente a un problema di legittimazione dell'intervento “correttivo” da parte delle Autorità antitrust ⁽²⁸⁾ anche se non è possibile escludere a priori che talune condotte abusive — che racchiudano al proprio interno anche effetti anti-ecologici, soprattutto quando siano la conseguenza della violazione di norme cogenti — possano essere represses anche sotto il profilo concorrenziale.

Meno irrealistico, ma comunque di non certa applicazione, appare il possibile uso di argomentazioni legate alla sostenibilità quale “scudo” o, più propriamente, quale elemento scriminante della condotta astrattamente abusiva. Come è stato affermato, «occorre domandarsi se esista una gerarchia tra sostenibilità ambientale e tutela della concorrenza nell'ambito del complesso intreccio degli obiettivi dell'Unione e, in ogni caso, se il testo dei Trattati fornisca gli strumenti per la risoluzione degli eventuali conflitti tra le medesime» ⁽²⁹⁾.

Il punto è ovviamente della massima importanza e giunge a toccare un tema particolarmente complesso e dibattuto che attiene a quali siano gli obiettivi del diritto della concorrenza ⁽³⁰⁾ e, in particolare, se accanto a obiettivi eminentemente

⁽²⁶⁾ Si parla in tale caso di “integrazione positiva”, secondo le parole di G. MONTI, *Four Options for a Greener Competition Law*, in *J. of Eur. Comp. L. & Practice*, 2020, 129. Propendono per tale interpretazione anche HOLMES, MEAGHER, *A sustainable future: how can control of monopoly power pay a part? Part 2*, (nt. 25), 63. In precedenza, sempre nella stessa direzione, LINDENBERG, *Will sustainability and environmental considerations be the next big hit for shaping the application of Article 102 TFEU?*, in *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 2022, 320 ss. e HOLMES, *Climate Change, Sustainability and Competition Law*, in *J. Antitrust Enforcement*, 2020, 366.

⁽²⁷⁾ LAGUNA DE PAZ, *Protecting the Environment without Distorting Competition*, in *J. Eur. Comp. L. & Practice*, 2012, 255, e più recentemente VALJANOVSKI, *The case against green antitrust*, in *Eur. Comp. J.*, 2022, 501 ss.

⁽²⁸⁾ Questa l'opinione di MURACA, *Tutela della concorrenza e sostenibilità ambientale: un dialogo difficile ma necessario*, in *Riv. reg. mercati*, 2021, 88, la quale ritiene anche che «l'estensione dell'ambito di applicazione delle norme *antitrust* tale da poter ricomprendere eventuali ripercussioni in materia ambientale risulterebbe difficilmente conciliabile con la funzione ad esse affidata dai trattati, ossia quella di tutelare la concorrenza nel mercato che, seppur strumentale al raggiungimento di obiettivi superiori, rimane la giustificazione imprescindibile di qualsiasi intervento repressivo».

⁽²⁹⁾ MURACA, (nt. 28), 74. Il punto è colto da altri autori il cui pensiero sarà riportato nelle pagine che seguono.

⁽³⁰⁾ GERBRANDY, *Changing Competition Law in a Changing European Union. The Constitutional Challenges of Competition Law*, in *Comp. L. Rev.*, 2019, 33 ss., in part. 40, ove si fa notare che «This discussion is, of course, also linked to normative questions of what aims competition law pursues, and its, ultimately, a re-questioning of the economization of its application». Con specifico

mente utilitaristici legati alle preferenze di prezzo del consumatore — per lo meno a fare data dall'affermazione dell'impostazione *post-chicagoan* del *more economic approach* — possano trovare spazio, con valore giuridicamente vincolante, obiettivi politici o sociali parimenti indicati dalle norme dei Trattati⁽³¹⁾. Senza poter entrare in questa sede nel fitto e risalente dibattito sulle finalità del diritto antitrust, appare opportuno richiamare il fatto che per quanto riguarda l'applicazione dell'art. 102 il tema degli obiettivi di *public interest* è stato raramente affrontato. Ciò appare comprensibile perché, se nell'ambito dell'art. 101 si è assistito soprattutto nel passato a una variabile considerazione di obiettivi di interesse pubblico, anche in forza della previsione del par. 3, la norma sull'abuso di posizione dominante non ha ricevuto la medesima attenzione sotto questo aspetto e ciò soprattutto dal momento in cui il c.d. *more economic approach* ha fatto la propria comparsa nelle *Guidance* del 2009. Occorre notare, tuttavia, che proprio per le sue caratteristiche di norma “generale” l'art. 102, priva di limiti formali simili a quelli contenuti nell'art. 101 (par. 1 e 3), potrebbe prestarsi maggiormente a un'interpretazione flessibile per la sua necessità di essere integrata anche facendo riferimento ad altri principi di carattere imperativo contenuti in norme munite della medesima forza vincolante⁽³²⁾.

Coloro che, in presenza di oggettive finalità di sostenibilità ambientale della condotta dell'impresa, sono propensi per una forma di integrazione delle stesse nell'analisi concorrenziale non mancano di accennare alle diverse norme dei Trattati che si occupano di sostenibilità⁽³³⁾, per poi ricordare la produzione documentale della Commissione Europea che dimostrerebbe una crescente (anche se non sempre adeguata)⁽³⁴⁾ attenzione verso il fenomeno oggetto del presente scritto, sia pure sotto il profilo delle intese restrittive della concorrenza.

riguardo al tema della sostenibilità si afferma inoltre che «This means [...] that the weight of answering to the challenge of sustainability is such that it merits European competition law to change (again). This position is, for an important part, based on a constitutional reading of the European competition law, including its setting within the Treaties, which also encompass (higher-order) values and principles, including the value of sustainability».

⁽³¹⁾ Cfr., in luogo di molti, le posizioni espresse da STYLIANOU, IACOVIDES, *The goals of EU Competition law: a comprehensive empirical investigation*, in *Legal Studies*, 2022, 1 ss.; MELI, *Il public interest nel diritto della concorrenza UE*, ivi, 2020, 439 ss.; PARDOLESI, *Hipster antitrust e sconvolgimenti tettonici: back to the future?*, in *Merc. conc. reg.*, 2019, 81 ss.; LIBERTINI, *Economia e politica nel diritto antitrust*, in *Aa.Vv., Esiste uno “stile giuridico neoliberale”? Atti dei seminari per Francesco Denozza*, a cura di Sacchi e Toffoletto, Milano, Giuffrè, 2019, 137 ss.; FABBIO, *Funzioni e ancoraggi apicali del diritto antitrust*, in *AIDA*, 2013, 212 ss.

⁽³²⁾ In senso contrario MELI, (nt. 21), 455, per il quale «Non si vedono, invece, possibilità di limitare l'applicazione del divieto di abuso di posizione dominante per ragioni di *public interest*. Manca, come è noto, una disciplina delle esenzioni dall'applicazione del divieto. Non può essere considerata una deroga in tal senso il riconoscimento all'impresa inquisita di possibili giustificazioni, quali il *meeting competition defence* e la *efficiency defence*, anche se la seconda sembrerebbe introdurre nella valutazione degli abusi elementi analoghi a quelli considerati dall'art. 101, par. 3 TFEU».

⁽³³⁾ Favorevoli, tra gli altri a valorizzare le norme dei Trattati, e in particolare il testo dell'art. 11 TFEU ai fini di includere le istanze di sostenibilità nella valutazione complessiva delle restrizioni della concorrenza: KINGSTON, *Integrating Environmental protection and EU Competition Law: Why Competition isn't special*, in *Eur. Law J.*, 2010, 780 ss., ribadita recentemente in *Id.*, *Competition and sustainability in EU law: Nearer resolution of the old debate?*, in *Concurrences*, 2023, 5 ss. (l'A. è oggi giudice della General Court del Lussemburgo).

⁽³⁴⁾ GERBRANDY, *Solving a Sustainability-Deficit in European Competition Law*, in *World Comp.*, 2017, 539 ss.

Affrontare il tema della sostenibilità ambientale nell'ambito delle norme del diritto della concorrenza comporta quindi un allargamento della prospettiva e dell'ambito di applicazione delle norme poiché i valori sottesi a tale branca del diritto vanno coordinati, in una prospettiva costituzionale euro-unitaria, con altri valori positivamente affermati nei Trattati.

Il quadro normativo dei Trattati, non appare di impedimento ma anzi si rivela in grado di fondare le basi per un nuovo approccio nella trattazione del tema della sostenibilità rispetto all'applicazione delle norme a tutela della concorrenza. Un primo riferimento normativo è dato dall'art. 3, par. 3, Tratt. UE, che contiene l'elenco delle finalità dell'Unione Europea affermando che essa si adopera «per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata (...) e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente»⁽³⁵⁾.

La norma che si rivela maggiormente in grado di fungere da elemento normativo utile per integrare istanze di sostenibilità ambientale appare l'art. 11 TFEU secondo il quale «Environmental protection requirements must be integrated into the definition and implementation of the Union policies and activities, in particular with a view to promoting sustainable development»⁽³⁶⁾.

La previsione fa parte della sezione del TFEU dedicata alle «Disposizioni di carattere generale» ma è utile notare come solamente le esigenze di protezione dell'ambiente trovino una forza maggiore in quanto esse «devono essere integrate» (nel testo inglese «must be» a differenza delle altre priorità per le quali la locuzione è «shall be») determinando quindi una loro integrazione che appare necessaria in ogni caso di definizione e di attuazione delle politiche e dell'azione dell'Unione⁽³⁷⁾. In proposito, il quesito che necessariamente si pone è se la forza precettiva dell'art. 11 TFEU sia in grado non solamente di incidere *ex ante* nella definizione delle politiche dell'Unione ma possa produrre in propri effetti anche nei confronti dei diversi organi chiamati ad applicare le norme del TFEU non solamente della stessa Unione ma anche degli Stati membri.

In particolare, sotto il primo profilo, ci si è interrogati se le esigenze di tutela dell'ambiente producano il loro effetto vincolante con riferimento all'emanazione di Regolamenti, Direttive e anche nella fase decisionale degli organi dell'Unione. In senso positivo depone la formulazione della norma che prevede che la clausola

⁽³⁵⁾ Riferimenti analoghi si ritrovano all'interno degli art. 3, par. 5 e 21 Tratt. FUE. Cfr., sul punto, TOFFOLETTO, *Lo stile giuridico neo-liberale e i principi dell'ordinamento*, in AA.Vv., *Esiste uno "stile giuridico neoliberale"? Atti dei seminari per Francesco Denozza*, a cura di Sacchi e Toffoletto, Milano, Giuffrè, 2019, 255 ss.

⁽³⁶⁾ Una previsione non dissimile da quella dell'art. 11 TFEU è contenuta nell'art. 37 della Carta dei Diritti Fondamentali, testo reso vincolante dal Trattato di Lisbona, per cui «a high level of environmental protection and the improvement of the quality of the environment must be integrated into the policies of the Union and ensured in accordance with the principle of sustainable development». Circa l'evoluzione normativa (nella successione dei Trattati) della prescrizione di integrazione ambientale si v. LENSCHOW, *Greening the European Union*, in *Environmental Policy Integration: Greening Sectorial Policies in Europe*, a cura di Lenschow, London, Earthscan Publications, 2002, 3 ss.

⁽³⁷⁾ Tanto da fare affermare a NOWAG, *Environmental Integration in Competition and Free-Movement Laws*, Oxford University Press, 2016, 20, che «Consequently, a rule can be formulated: Union law should be basically interpreted in a way that renders it consistent with environmental protection requirements».

di integrazione ambientale si estenda anche alle «activities» e «implementations», anche in considerazione delle previsioni del TEU (art. 13, par. 2) per cui le tre principali istituzioni dell'Unione (il Consiglio, la Commissione e il Parlamento) sono tenute ad agire entro i limiti dei poteri conferiti dai Trattati e in conformità con le procedure, condizioni e obiettivi in essi contenuti⁽³⁸⁾. Tale secondo aspetto ha indotto a ritenere che la clausola di integrazione si estenda anche agli organi degli Stati membri in ossequio al principio dell'*effet utile* proprio della giurisprudenza dell'Unione⁽³⁹⁾. Del resto se la Commissione decidesse un'applicazione coerente del principio di integrazione rappresentato dall'art. 11 TFEU le autorità e i giudici degli Stati Membri sarebbero in ogni caso gravati dal vincolo derivante dall'art. 16 del Reg. n. 1/2003 per il quale essi non sono legittimati ad applicare il diritto dell'Unione in modo non conforme a quanto deciso dalla Commissione. La definizione generale degli obiettivi di protezione ambientale trova infine una loro più articolata individuazione all'interno dell'art. 191, par. 1, TFEU ed essi vanno individuati, per quanto più interessa ai fini della presente indagine, nella (i) salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente; (ii) utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali.

Per comprendere appieno cosa intenda la norma dell'art. 11 TFEU e se il precetto possa trovare integrazione anche nell'applicazione delle norme e tutela della concorrenza occorre meglio comprendere quale sia la corretta interpretazione della c.d. *environmental integration*. Un'interpretazione debole della norma (nel senso che le istanze di protezione ambientale debbano solamente essere tenute in considerazione senza che siano in grado di influire nella determinazione delle politiche dell'Unione) sembra la meno preferibile. Un ulteriore aspetto, strettamente legato al quesito appena posto, è se invece le norme del Trattato di rango "costituzionale" abbiano maggiore forza rispetto alle clausole di integrazione con particolare riguardo a quella dell'art. 11 TFEU. Una risposta negativa può essere individuata nell'evoluzione delle norme prima del Trattato EC e successivamente nel TFEU: all'interno del Trattato di Lisbona non è possibile individuare una superiorità delle norme a tutela del mercato e della concorrenza rispetto alle istanze di carattere ambientale⁽⁴⁰⁾. Ciò è confortato dal

⁽³⁸⁾ In particolare, nell'ambito di un più ampio ragionamento sui valori sottesi alle esigenze connesse con la tutela ambientale, è stato recentemente affermato che la norma dell'art. 11 TFEU debba trovare applicazione nei confronti della Commissione non solamente nell'ambito dei propri poteri di proposta legislativa ma anche in quelli di applicazione delle norme sui Trattati, aggiungendo che «Each institution, when carrying out its tasks according to the Treaties, has an independent obligation to ensure that the environmental integration duty is carried out and that sufficient action is taken to promote sustainable development»: SJÄFJELL, *The Environmental Integration Principle: A Necessary Step Towards Policy Coherence for Sustainability*, in *The EU and the Proliferation of Integration Principles under the Lisbon Treaty*, a cura di Ippolito, Bartolino e Condanzi, London, Routledge, 2018, 113.

⁽³⁹⁾ NOWAG, (nt. 37), 23 s. In senso sostanzialmente conforme anche SJÄFJELL, (nt. 38), 118, secondo la quale «the Member States' institutions must as far as possible, and in all relevant areas, interpret national law in light of the objectives and the wording of secondary legislation, and in general, in a way that is in accordance with the EU law requirements. Further, the Treaties themselves require that the member States institutions must interpret and apply secondary legislation in light of the objectives and obligations flowing from the Treaties».

⁽⁴⁰⁾ Secondo un diverso e più radicale orientamento il Trattato di Lisbona avrebbe fatto pendere la bilancia in sfavore degli obiettivi economici, in particolare con riguardo alla tutela della

fatto che secondo gli art. 2 e 3 TFE tutti gli obiettivi dell'Unione devono essere considerati sullo stesso piano e, in caso di conflitto, deve essere operato tra loro un bilanciamento in ossequio al principio di proporzionalità⁽⁴¹⁾. Si tratta, quindi, di individuare le variabili che sono in grado di incidere sul bilanciamento tra principi di tutela della concorrenza e di integrazione volta alla tutela dell'ambiente.

Un ulteriore tema è se, più nello specifico, la norma di integrazione dell'art. 11 TFEU debba trovare applicazione piena anche nel caso dell'art. 102. Il dibattito sul rapporto tra sostenibilità ambientale e tutela della concorrenza si è svolto in realtà principalmente volgendo lo sguardo all'art. 101, par. 3, con riguardo particolare al quesito se all'interno delle condizioni per l'applicazione (prima) dell'esenzione (oggi) dell'eccezione possano trovare ingresso anche le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente⁽⁴²⁾. I tratti salienti della discussione possono essere così riassunti anche ai fini di rispondere al quesito se le medesime argomentazioni possono essere applicate anche all'art. 102. Le principali critiche all'applicazione del meccanismo di integrazione "ambientale" anche nei confronti delle norme sulla concorrenza si basa sulle seguenti posizioni: (i) il testo delle norme (in particolare l'art. 101, par. 3) non consentirebbe l'ingresso a istanze di carattere non economico (soprattutto con riguardo al progresso tecnico e al necessario beneficio per il consumatore); (ii) l'eccessivo difetto di certezza che conseguirebbe all'ingresso di istanze di tutela dell'ambiente, soprattutto ma non solamente in conseguenza della c.d. Modernizzazione del diritto della concorrenza e del venire meno del monopolio della Commissione nell'applicazione dell'art. 101, par. 3, e 102 TFEU. Come verrà posto in evidenza, tali obiezioni hanno entrambe in comune una posizione che si basa sulla tradizionale metodologia di applicazione delle norme a tutela della concorrenza e per verificarne la portata occorre quindi comprendere quali siano gli "spazi" per una ipotesi scriminante nel caso del perseguimento di finalità di tutela dell'ambiente a cominciare dalle norme di *soft law* prodotte dalla Commissione.

4. Circostanze "scriminanti" negli abusi escludenti e negli abusi di sfrut-

concorrenza: RILEY, *The EU Reform Treaty & the Competition Protocol: Undermining EC Competition Law*, in *ECLR*, 2007, 703. Ciò appare motivato, tuttavia, dalla nota esclusione dell'obiettivo della concorrenza dalle norme fondamentali della prima parte del Trattato per essere collocato nel Protocollo n. 27, allegato al medesimo ma facente parte integrante dello stesso.

⁽⁴¹⁾ In questo senso KINGSTON, (nt. 25), 113 s. per cui «Where it is possible to interpret the Treaty competition provisions in a way that favors environmental protection, and there is a conflict with the goals of competition policy, then the proportionality principle applies [...]. That is, where a (private or State) measure is suitable to achieve the EU's environmental policy objectives, and there is no way of achieving these objectives that is less restrictive of competition, the measure should be allowed under EU Competition law».

⁽⁴²⁾ Chiedendosi, in particolare, non se le istanze di protezione ambientale possano trovare ingresso nell'applicazione delle norme sulla concorrenza ma — ribaltando il quesito — quali siano le ragioni per le quale le istanze di protezione ambientale non dovrebbero trovare ingresso nell'*antitrust enforcement* (in questo senso NOWAG, (nt. 37), 33). Cfr., in proposito, anche la posizione di TOWNLEY, *Which Goals Count in Article 101 Treaty? Public Policy and its Discontents: the OTF's Roundtable Discussion on Article 101(5) of the Treaty of the functioning of the European Union*, in *ECLR*, 2011, 443, per il quale ogni deviazione dalla giurisprudenza delle Corti europee dovrebbe trovare adeguata giustificazione.

tamento e il problema del consumer welfare. — Un'indagine sulla possibile “difesa” legata alle concrete finalità di sostenibilità dell'impresa dominante non può prescindere dall'attuale quadro di *soft law* e giurisprudenziale relativo alle possibili eccezioni o scriminanti dell'illecito di abuso. A differenza di quanto previsto dall'art. 101 TFEU, la norma che vieta gli abusi di posizione dominante non contiene un'ipotesi simile a quella contenuta nel par. 3 della previsione sul divieto di intese, sicché per lungo tempo si è dubitato anche solo della possibilità di ammettere la valutazione di guadagni di efficienza nella valutazione degli abusi ⁽⁴³⁾.

Come già ricordato, nel 2009 la Commissione Europea ha emanato una *Guidance* che illustra quali sono le proprie priorità in relazione agli abusi escludenti. Nonostante il fatto che la *Guidance* sia esclusivamente dedicata agli abusi per esclusione, all'interno del documento (punto 7) si prevede che «Anche un comportamento tendente a uno sfruttamento diretto dei consumatori, quale ad esempio l'applicazione di prezzi eccessivamente elevati, o un determinato comportamento che pregiudichi gli sforzi compiuti per realizzare un mercato interno integrato, può rappresentare una violazione dell'art. 82 [oggi 102]. La Commissione può decidere di intervenire in relazione a un comportamento di questo genere, in particolare quando la protezione dei consumatori e il buon funzionamento del mercato interno non possono essere adeguatamente garantiti in altro modo» ⁽⁴⁴⁾.

Tale documento, che è stato recentemente sottoposto a revisione anche alla luce dei casi decisi dalla giurisprudenza europea in materia (32 sentenze nel corso di quindici anni) ⁽⁴⁵⁾, contiene al proprio interno una sezione (*Objective necessity and efficiencies*) che, in ossequio al noto *more economic approach* che ha caratterizzato l'evoluzione del diritto europeo della concorrenza negli ultimi anni, affronta talune ipotesi che possono essere utili ai fini del presente scritto ⁽⁴⁶⁾. Com'è stato recentemente ribadito anche dalla stessa Commissione, il documento non può essere considerato appartenere nemmeno all'ambito della c.d. *soft law* e rappresenta una mera “scala di priorità” che la Commissione ha inteso rendere pubblica con riguardo alle più diffuse condotte di abuso per

⁽⁴³⁾ Cfr., in luogo di molti, FAELLA, *The Efficient Abuse: Reflections on the EU, Italian and UK Experience*, in *Comp. L&Policy Debate*, 2016, 33 ss.

⁽⁴⁴⁾ Secondo MELI, (nt. 21), 455 «la sensazione è che — con un esercizio di realismo dettato dall'esperienza applicativa — si sia voluto sottolineare come il rigore pro-efficientistico sia riservato al perseguimento dei *competition goals*, mentre, laddove le circostanze lo richiedano, la considerazione di *non-efficiency goals* possa trovare, sia pure come *extrema ratio*, ancora posto nell'*enforcement* dell'art. 102 TFEU»

⁽⁴⁵⁾ Cfr. la Comunicazione diffusa dalla Commissione Europea in data 27 marzo 2023 contenente le modifiche alla *Guidance* del 2009. In pari data è stato preannunciato che la nuova versione della *Guidance* è destinata a essere sostituita da *Guidelines* il cui processo di elaborazione ha avuto inizio con il *Call for Evidence* accompagnato dal *Policy Brief* diffuso dalla Commissione il 27 marzo 2023 “A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance”.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. ALBORS-LLORENS, *The role of objective justification and efficiencies in the application of Article 82 EC*, in *Common M. L. Rev.*, 2007, 1727 ss.

sfruttamento. Tuttavia, è noto che la giurisprudenza europea ⁽⁴⁷⁾ ha più volte fatto esplicito riferimento alle condizioni contenute nella *Guidance* per lo meno nel valutare le eccezioni di efficienza da parte di imprese accusate di avere abusato della propria posizione dominante, sicché se formalmente il contenuto del documento non ha effetti vincolanti esso è divenuto parte del formante giurisprudenziale europeo.

Una prima ipotesi ricordata dalla Commissione è rappresentata dal caso in cui l'impresa dominante ritenga che la propria condotta possa essere motivata da una necessità oggettiva ⁽⁴⁸⁾. La Commissione ritiene che tale necessità debba essere posta in essere in ossequio al principio di proporzionalità e che sia motivata da fattori esterni all'impresa interessata. Essa può essere dovuta, a titolo di esempio, dalla tutela della salute o da ragioni di sicurezza legate alla natura del prodotto (o del servizio). Tuttavia, per lo meno nell'interpretazione che ne è stata data sinora, tale necessità può rappresentare una giustificazione esimente anche nel caso in cui, per esempio, la condotta sia imposta da una norma.

Una seconda ipotesi, che può essere considerata una sotto-categoria della prima, è data invece dalla circostanza per cui la condotta venga posta in essere nel perseguimento di un pubblico interesse, pur non direttamente vincolante per l'impresa interessata. Tale eccezione consiste nella necessità di individuare le ragioni per cui la condotta si pone in modo funzionale a un interesse pubblico positivamente indicato e dovrebbe imporre anche di giustificare il motivo per cui il perseguimento di tale interesse dovrebbe impedire, o anche solo limitare temporalmente, l'applicazione del divieto contenuto nell'art. 102 TFEU. Tale ipotesi di *objective justification*, sebbene non indicata tra le priorità della Commissione né altrove positivamente normata, mi pare che nella materia di cui si occupa il presente scritto possa tenuta in considerazione. Ovviamente occorre una solida individuazione dell'interesse pubblico di volta in volta individuato, anche volgendo lo sguardo a principi e interessi non tradizionalmente contemplati nell'applicazione dell'art. 102 e pur presenti all'interno del TFEU, com'è nel caso dell'art. 11 TFEU. Come già rilevato, tale perseguimento dovrebbe inoltre rispondere a criteri di proporzionalità e, in ogni caso, l'interesse ricercato dovrebbe essere considerato preminente, anche solo per un periodo di tempo limitato e nel rispetto del principio di bilanciamento di interessi, rispetto a un'integrale applicazione del divieto di abuso di posizione dominante.

La terza ipotesi, invece, più fedele all'impostazione economicistica fatta propria da tempo dalla Commissione, si basa sulla possibilità da parte dell'impresa dominante di dimostrare l'esistenza di possibili efficienze in modo da assicurare che, con ogni probabilità, non sia possibile il prodursi di un danno per il consumatore. Anche tale ipotesi è corredata di alcuni presupposti che appaiono

⁽⁴⁷⁾ Cfr. i citati da FAELLA, (nt. 45), 34 e da UNEKBAS, *Competition, Privacy, and Justifications: Invoking Privacy to justify Abusive Conduct under Article 102 TFEU*, in *J. Law, Market&Innovation*, 2022, 123 s.

⁽⁴⁸⁾ In materia si v., a esempio, NAZZINI, *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, Oxford University Press, 2011, 304 s.; WHISH, BAILEY, (nt. 9), 222 s. nonché OSTI, *Abuso di posizione dominante*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, Milano, Giuffrè, 2012, V, 1 s.

ispirati dalle quattro condizioni di cui all'art. 101, par. 3, TFEU ma dai quali si differenziano per taluni aspetti che in questa sede appare utile segnalare⁽⁴⁹⁾. In primo luogo nella *Guidance* si afferma che le efficienze, di qualsiasi natura esse siano, debbano essere attuali o che debba essere probabile che siano la conseguenza diretta della condotta dell'impresa dominante. Di qui la prima specificazione, relativa alla probabilità del guadagno d'efficienza, che apre a un'interpretazione meno rigida che può ricomprendere anche i guadagni di efficienza dinamica come tali raggiungibili in una dimensione non statica e che caratterizzano spesso le decisioni delle imprese ispirate a condotte maggiormente eco-sostenibili⁽⁵⁰⁾. La *Guidance* menziona poi il requisito dell'indispensabilità della condotta nel senso che non vi debbono essere condotte che, ai fini di realizzare il previsto guadagno di efficienza, producano effetti meno restrittivi dal punto di vista concorrenziale. La terza "condizione", che appare significativa ai fini di un tentativo di integrare le istanze di efficienza all'interno di tale ipotesi "esentativa" di sostenibilità ambientale attiene ancora una volta al fatto che le probabili efficienze (*likely efficiencies*) derivanti dalla condotta siano tali da compensare i probabili effetti negativi sulla concorrenza e sul *consumer welfare* nei mercati interessati. Anche in questo caso la dizione della *Guidance* non appare esattamente coincidente con quanto previsto dall'art. 101, par. 3, per il quale, invece occorre che l'intesa riservi ai consumatori una «fair share of resulting benefits», circostanza che appare come la più problematica nel caso di politiche strategiche da parte delle imprese in cui gli effetti di beneficio per il consumatore, che dovrebbe appartenere al medesimo mercato rilevante, appaiono non sempre di facile dimostrazione⁽⁵¹⁾. Anzi, come dimostrano taluni casi in materia di intese

⁽⁴⁹⁾ Lo nota già KINGSTON, (nt. 25), 306.

⁽⁵⁰⁾ Con riguardo alla previsione dell'art. 101, par. 3, TFEU si v. l'interpretazione evolutiva di TOFFOLETTI, *La vicenda dell'esenzione antitrust. Una rilettura dell'art. 101.5 del Trattato come baluardo di resistenza allo stipe giuridico neo-liberale*, in AA.VV., *Esiste uno "stile giuridico neo-liberale"?* Atti dei seminari per Francesco Denozza, a cura di Sacchi e Toffoletto, Milano, Giuffrè, 2019, 269 ss., in part. 278 secondo il quale, con riguardo alla prima condizione posta dall'art. 101, par. 3, TFEU (contributo al miglioramento della produzione o della distribuzione dei prodotti o alla promozione del progresso tecnico ed economico), «La sua formulazione, per quanto contenga inequivocabili riferimenti e elementi di efficienza, è sufficientemente ampia per abbracciare anche valori diversi. Infatti è noto che molte decisioni della Commissione appartenenti al regime antecedente alla Modernizzazione, abbiano bilanciato restrizioni concorrenziali anche consistenti con miglioramenti delle condizioni ambientali, di sviluppo sociale e occupazionale, e che non vi siano pronunce della Corte di Giustizia che ne abbiano contrastato il contenuto o i principi». L'A. prosegue osservando che (280) «Tuttavia, quando entrano in gioco "incrementi qualitativi" di efficienza non si tratta soltanto di un problema tecnico supplementare (ossia come attrezzarsi per dare misura, valore numerario da immettere nel calcolo, alla nuova migliore qualità), ma di una finestra che fa rientrare in gioco valori e interessi che il *more economic approach* non vorrebbe considerare rilevanti.», chiedendosi, quindi, come sia possibile escludere dal novero dei valori redimenti beni "etici", "sostenibili" o "verdi" «che certamente sono suscettibili di apprezzamento, anche in termini di scelta di prodotti etici più cari a parità di altre caratteristiche, da parte dei consumatori».

⁽⁵¹⁾ Tale orientamento è stato ribadito anche recentemente dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 12 maggio 2022 (*Servizio Elettrico Nazionale*) in cui si è ribadito che (par. 46) «il benessere dei consumatori, sia intermedi che finali, deve essere considerato l'obiettivo ultimo che giustifica l'intervento del diritto della concorrenza per reprimere lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale del medesimo. Per tale ragione, come già dichiarato dalla Corte, un'impresa che detiene una simile posizione può provare che una pratica escludente non incorre nel divieto di cui all'art. 102 TFEU, segnatamente dimostrando che gli

pur finalizzate ad obiettivi di sostenibilità (si pensi al caso olandese *Chicken of tomorrow*)⁽⁵²⁾ spesso il requisito del *consumer welfare* inteso in senso strettamente utilitaristico risulta assente per lo meno nel breve periodo.

La quarta condizione appare assai simile a quella in materia di intese e impone che la condotta non elimini del tutto l'effettiva competizione attraverso la rimozione di ogni o della maggior parte delle fonti di concorrenza attuale o potenziale.

Ad oggi le ipotesi di "eccezione" menzionate nella *Guidance* non hanno avuto una larga applicazione nell'esperienza della Commissione e delle Corti europee⁽⁵³⁾. Due appaiono le ragioni di carattere generale che hanno prodotto tale effetto. A differenza di quanto previsto dall'art. 101, par. 3, TFEU, all'interno dell'art. 102 non è codificata alcuna ipotesi di eccezione alla fattispecie anticoncorrenziale descritta⁽⁵⁴⁾. Inoltre, un secondo elemento attiene all'aspetto procedimentale dell'eccezione di *objective justification* e segnatamente con riguardo all'onere della prova⁽⁵⁵⁾. Secondo un consolidato orientamento, confermato dalla costante giurisprudenza delle Corti europee⁽⁵⁶⁾, l'onere di provare l'esistenza di un'oggettiva giustificazione — ma tale orientamento è stato più volte espresso anche con riguardo alla tematica dei guadagni di efficienza — spetta all'impresa che sia stata accusata *prima facie* di avere abusato della propria posizione dominante. Un diverso orientamento⁽⁵⁷⁾, del tutto minoritario, attribuisce invece alla Commissione la dimostrazione che l'abuso è tale anche perché

effetti che tale pratica può produrre sono controbilanciati, se non superati, da vantaggi in termini di efficienza che vanno a beneficio dei consumatori, in particolare in termini di prezzi, di scelta, di qualità o di innovazione».

⁽⁵²⁾ Si tratta di un caso deciso dall'Autorità antitrust olandese (ACM) nel 2015 che ha avuto riguardo ad un accordo tra i produttori di pollame in Olanda e alcune catene di supermarket (la cui quota di mercato complessiva era vicina al 95%) in base al quale — anche in risposta a proteste di associazioni animaliste — è stato concordato di allevare gli animali in condizioni maggiormente organiche determinando in questo modo un aumento del costo della produzione. Parallelamente le catene di supermarket hanno concordato di non acquistare pollame che non soddisfacesse determinati *standard* di allevamento. L'ACM in questo caso ha valutato che l'esecuzione dell'accordo avrebbe comportato un aumento del prezzo del prodotto di 1,46 euro per kg mentre i consumatori olandesi valutavano i benefici in termini di maggiore sostenibilità solamente 0,82 euro per kg. Sulla base di tale insufficiente *willingness to pay* dei consumatori olandesi l'ACM ha vietato l'intesa.

⁽⁵³⁾ Cfr. KINGSTON, (nt. 25), 304 s.

⁽⁵⁴⁾ LAGUNA DE PAZ, (nt. 27), 255. Contrario il parere di KANDAR, *Article 102 TFEU and Efficiencies Pleas: A "Fact-Check"*, in *Richard Whish QC (Hon) Liber Amicorum: taking Competition Law Outside the Box*, a cura di Charbit e Ahmad, New York, Concurrences, 2020, 94, per il quale, soprattutto con riguardo alla c.d. *efficiency defence*, ritiene che essa sia stata applicata più volte dalle Corti europee e che faccia parte integrante del meccanismo di applicazione dell'art. 102 TFEU.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. VAN DER VIJVER, *Article 102 TFEU: How to Claim the Application of Objective Justification in the Case of prima facie Dominance Abuses?*, in *J. Eur. Comp. & Practice*, 2013, 12 s.

⁽⁵⁶⁾ Sono numerosi i casi citati da VAN DER VIJTER, (nt. 55), 124-125, tra cui Microsoft (Tribunale UE, 17 settembre 2007), nel quale il Tribunale ha affermato che «it is for the dominant undertaking concerned ... to raise any plea of objective justification and to support it with arguments and evidence», principio espresso anche nel caso Intel (Corte di Giustizia, 6 settembre 2017). Nello stesso senso: JONE, SUFRIN e DUNNE, *Jones & Sufrin's EU Competition Law: Texts, Cases and Materials*⁷, Oxford University Press, 2019, 387.

⁽⁵⁷⁾ Così LOEWENTHAL, *The Defence of 'objective justification' in the application of Article 82 EC*, in *World Comp.*, 2005, 4 e 5.

non sussiste alcuna *objective justification* che possa motivare la condotta (58). Mi pare che, anche alla luce del contenuto del Reg. n. 1/2003, l'onere di provare una *objective justification* possa essere inquadrata tra le “difese” opponibili dalle imprese e di ciò è stata data, sia pure implicitamente, conferma nel recente caso *Intel* (59) nel quale la Corte di Giustizia ha puntualmente censurato la condotta della Commissione la quale ha omesso di considerare gli argomenti opposti dalla società investigata che facevano leva, tra gli altri, anche sulla giustificazione oggettiva.

Con riguardo alla prima ipotesi sopra menzionata (60), pur non essendo mai stata esclusa a priori da parte delle Corti europee la possibilità di applicare la c.d. *objective justification defence* (61), la sua sostanziale non applicazione è da ascrivere in primo luogo al fatto che, in generale, la tutela della salute e della sicurezza pubblica, così come altre ipotesi di tutela dell'interesse pubblico, sono ritenuti settori in cui è compito del regolatore (sia esso lo Stato o altra autorità) di perseguire tali obiettivi (62). Tuttavia, occorre notare che all'interno della *Guidance*, al netto del valore che essa può avere tra le fonti del diritto, le due ipotesi espressamente richiamate sono citate a mero titolo di esempio sicché non vi è alcuna preclusione ad ammettere altre ipotesi di oggettiva giustificazione per la condotta posta in essere dall'impresa dominante.

Relativamente alla seconda ipotesi di eccezione, fondata sui guadagni di efficienza e maggiormente vicina alle condizioni previste dall'art. 101, par. 3, TFEU, la principale difficoltà di applicazione va individuata nella sostanziale sovrapposizione — anche sotto il profilo procedimentale — che solitamente è

(58) Tale diverso orientamento sembra trovare ispirazione nella diversa metodologia relativa all'istruttoria in relazione all'art. 101, par. 1, TFEU e nella giurisprudenza della Suprema Corte statunitense con riguardo al caso *American Express (Ohio, et al., Petitioners v. American Express, et al., 585 U.S. 2018)*. Si ritiene, in sostanza, che anche in prima istanza la condotta abusiva per essere qualificata tale da parte della Commissione debba contenere una valutazione della restrizione della concorrenza tenendo conto del «relevant legal and economic context», affermando che l'Autorità europea dovrebbe avere riguardo anche alle condizioni di concorrenza nel c.d. *countfactual scenario* in cui *sia* la restrizione della concorrenza *sia* i possibili guadagni di efficienza non sarebbero presenti.

(59) A proposito del quale si v., tra i molti commenti apparsi in letteratura, CARLI, *Si chiude il cerchio sul caso Intel. Quale futuro per il test del concorrente altrettanto efficiente?*, in *Merc. conc. reg.*, 2022, 125 s.; AUER, RADIC, *The Growing Legacy of Intel*, in *J. Eur. Comp. L&P.*, 2022, 15 ss.;

(60) Tra i casi in cui si è affrontato il tema della *objective justification* o, prima della *Guidance*, della legittima finalità di interesse pubblico, si possono ricordare: Caso T-30/89 (*Hilti*) ECR, 1991, par. 118; Caso C-333/94 P, *Tetra Pak International v. Commission*, ECR, 1996, I-5951; Caso C-52/07, *Kanal 5*, ECR, 2008, I-9275, par. 47. Ulteriori riferimenti in ALBORS-LLORENS, *The Role of Objective Justification and Efficiencies in Article 82 EC*, in *Comm. Market L. Rev.*, 2007, 1727 s.

(61) Cfr., per esempio, quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 15 marzo 2007 (*British Airways*), par. 86: «Assessment of the economic justification for a system of discounts or bonuses established by an undertaking in a dominant position is to be made on the basis of the whole of the circumstances of the case...It has to be determined whether the exclusionary effect arising from such a system, which is disadvantageous for competition, may be counterbalanced, or outweighed, by advantages in terms of efficiency which also benefit the consumer. If the exclusionary effect of that system bears no relation to advantages for the market and consumers, or if it goes beyond what is necessary in order to attain those advantages, that system must be regarded as an abuse».

(62) È la stessa Commissione a ritenere che «it is normally the task of public authorities to set and enforce public health and safety standards». Cfr. *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, par. 29.

avvenuta tra le priorità indicate nella *Guidance* e il testo dell'art. 101, par. 3, TFEU ⁽⁶⁵⁾. Ciò oltre al fatto che, per lo meno secondo un orientamento, l'ipotesi di dimostrare l'esistenza di efficienze in un mercato già "indebolito" dalla presenza di una posizione dominante e da un comportamento abusivo è apparsa di difficile realizzazione. Esistono, tuttavia, talune ipotesi in cui sia a livello europeo ⁽⁶⁴⁾ sia da parte delle Autorità degli Stati membri ⁽⁶⁵⁾ un'eccezione all'abuso di posizione dominante basata sui guadagni di efficienza è stata riconosciuta. Tale principio, in linea generale, deve inoltre essere riconosciuto per ogni tipo di abuso, quindi anche per i c.d. *naked abused*, come recentemente affermato dalla Corte di Giustizia nel caso Intel.

Gli abusi di sfruttamento, pur essendo menzionati nella prima ipotesi esemplificativa dell'art. 102 TFEU, e come ricordato oggetto di un cenno all'interno della *Guidance*, non hanno avuto una diffusa repressione nell'ambito del diritto europeo della concorrenza ⁽⁶⁶⁾. Ciò per la comune opinione per cui se il prezzo di un prodotto è eccessivo vengono ipotizzate due alternative: i consumatori smetteranno di acquistare il prodotto oppure nuove imprese verranno attratte nel mercato dai sovra-profitti esistenti, costringendo l'impresa dominante a ridurre il prezzo del proprio prodotto ⁽⁶⁷⁾. Tuttavia, la scienza economica ha elaborato una serie di parametri alla luce dei quali viene ritenuto necessario l'intervento dell'Autorità antitrust ⁽⁶⁸⁾: (i) presenza di alte e stabili barriere all'entrata; (ii) una posizione di "*supra-dominance*" nel mercato di

⁽⁶⁵⁾ In questo senso, FAELLA, (nt. 43), 44, per cui «The artificiality of the separation between the two stages of analysis is confirmed by the fact that the legal standard used for certain categories of abuse already involves an assessment of possible efficiencies». Una critica alla metodologia procedimentale "introdotta" dalla *Guidance* si trova in AKMAN, *The concept of abuse in EU competition law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 282 e in FAELLA, PARDOLESI, *Squeezing Price Squeeze Under EC Antitrust Law*, in *ECLR*, 2010, 255.

⁽⁶⁴⁾ Ricordati da KANDAR, (nt. 54), 94 e da EZRACHI, *EU Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*⁵, Hart Publishing, 2016, 310 s.

⁽⁶⁵⁾ Menzionati da MAUBOUSSIN, *Environmental defences as a shield from Article 102 TFEU*, in *Concurrences*, 2022, 32, la quale cita i casi *Coca Cola e Canal+* (esentati sotto il profilo dei guadagni di efficienza) e le vicende *Congrégation de l'Immaculée Conception e SNFC* sottratti all'applicazione del divieto di abusi da parte dell'Autorità della concorrenza francese facendo applicazione dei motivi di oggettiva necessità.

⁽⁶⁶⁾ Per i casi decisi dalla giurisprudenza comunitaria si v. WHISH, BAILEY, (nt. 9), 762 s., segnatamente il risalente caso *United Brands* sul quale si è espressa la Corte di Giustizia (sentenza del 14 febbraio 1978) affermando che la Commissione avrebbe dovuto rispondere al seguente quesito (§ 252): «whether the difference between the costs actually incurred and the price actually charged is excessive, and, if the answer to this question is in the affirmative, to consider whether a price has been charged which is either unfair or when compared to other competing products». Secondo EZRACHI, (nt. 64), 273 «The Court of Justice established a two-tiered test. First the Commission should engage in cost analysis. Then, after establishing an unacceptable gap between costs and price, the actual price needs to be held unfair. The Court of Justice acknowledged that economic theorists may provide additional ways to determine whether the price of a product is unfair». Tale orientamento è stato confermato dalla Commissione nel caso *Deutsche Post AG* (decisione del 20 marzo 2002).

⁽⁶⁷⁾ A ciò si aggiunga l'ulteriore riflessione per cui «according to the conventional wisdom, excessive pricing should not be enforced in technological markets because high prices, and hence high profits, are necessary to reward innovation», così HUBERT, COMBERT, *Exploitative Abuse: The End of the Paradox?*, in *Concurrences*, 2011, 51.

⁽⁶⁸⁾ Per i necessari riferimenti si v. MOTTA, DE STREEL, *Excessive pricing in Competition Law: Never Say Never?*, in *The Pros and Cons of High Prices*, a cura della Swedish Competition Authority, Stoccolma, Lenanders Graficam, 2007, capitolo 2.

riferimento; (iii) assenza di ogni regolazione di settore; (iv) presenza di un ostacolo agli incentivi per l'innovazione. Ciò non di meno, nonostante manchi un'espressa presa di posizione anche a livello di *soft law*, è possibile ipotizzare che la *objective justification* non debba necessariamente essere esclusa anche per tale tipologia di condotte abusive. Nonostante il fatto che mai la giurisprudenza europea abbia affermato che la repressione di prezzi eccessivi potrebbe determinare un disincentivo ad innovare per l'impresa dominante, esistono a mio parere giustificazioni di carattere economico per sostenere, nei limiti della ragionevolezza e della proporzionalità, tale assunto.

5. *Ipotesi di valorizzazione pro-concorrenziale di condotte determinate da finalità di sostenibilità.* — Prima di entrare nella conclusiva valutazione della possibile efficacia scriminante delle finalità di sostenibilità ambientale rispetto all'art 102 è possibile ipotizzare alcune condotte che, pur rientrando nelle ipotesi più classiche di abuso, siano finalizzate da esigenze connesse alla tutela dell'ambiente. Un primo esempio può essere rappresentato dalla decisione da parte dell'impresa dominante nel mercato del prodotto "A" (ipotizzando che non vi siano dubbi circa tale posizione) di investire nel suo miglioramento in senso maggiormente ecocompatibile, con minori esternalità negative, tali da ridurre sensibilmente l'emissione di gas serra nell'atmosfera, realizzando un prodotto "B" e ipotizzando che ciò comporti un non irrilevante investimento in termini di ricerca, di realizzazione del nuovo prodotto e di promozione pubblicitaria, riducendo o abbandonando del tutto la produzione del prodotto "A". Dinanzi all'aumento dei costi di produzione del prodotto ecosostenibile "B" l'impresa dominante sarà inevitabilmente indotta ad elevare il prezzo al fine di recuperare per lo meno il costo della riconversione del prodotto "A". Tale condotta potrebbe essere considerata quale imposizione di prezzi (più elevati) non equi comportando quale conseguenza un abuso a discapito diretto delle controparti dell'impresa dominante.

In alternativa, l'impresa potrebbe porre in essere una differente strategia e, in luogo di aumentare il prezzo del prodotto, potrebbe scegliere di ridurlo sensibilmente per fare in modo che i consumatori, o in ogni caso le proprie controparti, siano indotte a consentirle di raggiungere economie di scala idonee a sostenere i maggiori costi per la produzione di "B". Ciò a detrimento delle imprese concorrenti in quanto, in tale esempio, l'impresa dominante potrebbe (i) fissare un prezzo predatorio (nell'accezione di prezzo inferiore ai costi medi totali o dei costi medi evitabili secondo la definizione contenuta nelle *Guidance*); (ii) fissare un prezzo non necessariamente predatorio ma inferiore al prezzo praticato dal più efficiente dei propri concorrenti.

Una terza ipotesi potrebbe essere rappresentata da una ancora diversa strategia, questa volta collegata a un sistema di sconti fidelizzanti, sempre per fare in modo che la produzione del prodotto "B" risulti profittevole per l'impresa dominante in modo da raggiungere il desiderato livello di economie di scala.

Per l'esame dei casi illustrati, e indipendentemente dal fatto che si tratti di abusi di sfruttamento o escludenti, è possibile ipotizzare se le previsioni dei par. da 28 a 31 della *Guidance* possano trovare applicazione. Cercherò, in particolare

di verificare se le condizioni di non abusività di una condotta da parte di un'impresa in posizione dominante possano trovare applicazione nel caso in cui il comportamento dell'impresa sia giustificato da ragioni di sostenibilità ecologica. Prima di occuparmi del tema mi pare, tuttavia, necessaria una premessa: l'impresa che intende lanciare sul mercato un prodotto nuovo (nell'ipotesi "B") mantiene la propria posizione dominante poiché "A" e "B" sono ritenuti prodotti tra loro in rapporto di sostituibilità e appartenenti al medesimo mercato rilevante. In altri termini l'ipotesi di partenza è che il prodotto "B" rappresenti un miglioramento dal punto di vista qualitativo del prodotto "A" ma che entrambi siano destinati a soddisfare le medesime esigenze del consumatore o in ogni caso delle controparti dell'impresa dominante.

Affrontare il tema del possibile abuso da parte di un'impresa della propria posizione dominante nel perseguimento di politiche di sostenibilità significa spostare la prospettiva del preteso bilanciamento tra gli interessi dei consumatori (o comunque delle controparti dell'impresa dominante) in un orizzonte diacronico, già proprio dell'analisi delle possibili efficienze in una prospettiva dinamica, che pone difficoltà di misurazione e del benessere atteso e, in ogni caso, di contemperamento di interessi per molti aspetti insuperabili.

Di qui la necessità, soprattutto nell'applicazione dell'art. 102 TFEU e per le ragioni già esposte relative alla "generalità" del concetto di abuso, di individuare più che un meccanismo di bilanciamento di interessi una scala di priorità ancorata a valori che sono ritenuti preminenti su altri (69).

Ciò detto, sotto il profilo dell'abuso di sfruttamento (nell'ipotesi del prezzo eccessivo del prodotto "A") mi sembra necessario verificare se ricorrano le condizioni di ragionevolezza e proporzionalità elaborate dalla giurisprudenza europea con riguardo a tale tipologia di abusi, non senza tralasciare tutte le circostanze rilevanti della condotta dell'impresa. In primo luogo mi pare che, dinanzi all'accusa di abuso per sfruttamento, l'impresa sotto indagine debba dimostrare che il prezzo del prodotto "B" sia stato praticato in ragione della struttura dei costi conseguenza diretta dell'attività di ricerca e sviluppo, produzione e promozione del prodotto maggiormente sostenibile. Se così è — e volendo ipotizzare l'impossibilità di operare un confronto con la struttura dei costi dei concorrenti — non credo che, anche in considerazione dell'applicazione del principio di integrazione imposto dall'art. 11 TFEU, la condotta praticata dall'impresa possa essere considerata abusiva. Poiché, tuttavia, si è detto che nel caso di contrasto tra istanze di tutela della concorrenza e esigenze connesse alla tutela ambientale occorre operare un bilanciamento. In questo caso l'impresa dominante potrebbe impegnarsi a mantenere il livello più elevato di prezzo per un determinato periodo di tempo nell'attesa che

(69) Ciò nella scia dell'insegnamento di Francesco Denozza il quale anche a valle del ciclo di seminari tenuti in suo onore e in cui il suo pensiero è stato oggetto di un dibattito a più voci, ha avuto modo di ribadire che il diritto *antitrust* non necessita, sempre e comunque, di un obiettivo apolitico ma che, anzi, l'*antitrust* debba essere in ogni caso avere (anche) una sua caratterizzazione politica: DENOZZA, *Conclusioni: lo stile giuridico neoliberale e il suo superamento*, in AA.VV., *Esiste uno "stile giuridico neoliberale"?* Atti dei seminari per Francesco Denozza, a cura di Sacchi e Toffoletto, Milano, Giuffrè, 2019, 437 s.

l'intero comparto produttivo sia nelle condizioni di sfruttare l'incentivo all'innovazione determinato dall'ingresso del mercato del prodotto "B".

Per quanto riguarda gli abusi per esclusione il ragionamento mi pare debba essere diverso. Poiché la Commissione ha recentemente confermato il testo della *Guidance* e in attesa dell'emanazione di *Guidelines* (attese non prima del 2025, visto che la consultazione verrà lanciata nella seconda metà del 2024) occorre al momento confrontarsi con le ipotesi "scriminanti" analizzate nei paragrafi precedenti.

Sia per quanto riguarda l'ipotesi di prezzi predatori sia per quella degli sconti fidelizzanti un primo esame mi pare debba essere volto a verificare se le condotte siano oggettivamente necessarie e proporzionate sulla base di «factors external to the dominant undertaking». Seguendo il criterio d'interpretazione della clausola di integrazione contenuta nell'art. 11 TFEU, secondo il quale non vi sarebbe una prevalenza dell'interesse al perseguimento di esigenze connesse alla tutela dell'ambiente rispetto alla tutela della concorrenza, non mi pare che tale argomentazione meriti di essere accolta ⁽⁷⁰⁾. Per le medesime ragioni lo stesso può dirsi per quanto concerne il perseguimento di un pubblico interesse ⁽⁷¹⁾.

Rimane quindi la strada della dimostrazione dei guadagni di efficienza e della verifica dei parametri indicati nel par. 30 della *Guidance*. In questo caso un primo fattore rilevante attiene alla tipologia di efficienze che la condotta dell'impresa dominante è in grado di produrre. La realizzazione e la commercializzazione di un prodotto in grado di ridurre sensibilmente le emissioni di gas serra va inquadrata in un incremento dell'efficienza dinamica ⁽⁷²⁾ sotto il profilo del «technical improvements in the quality of goods». Il mercato innovativo, quale certamente può essere considerato in modo trasversale ogni ambito nel quale sono possibili miglioramenti del prodotto nella direzione di una maggiore ecosostenibilità, è certamente un ambiente dinamico nel quale il guadagno di efficienza di un operatore può fungere da stimolo per altri concorrenti a raggiungere o addirittura superare il livello d'innovazione già ottenuto. Tutto ciò non può che portare, in termini generali e in prospettiva, a un beneficio non solamente per le generazioni presenti ma anche per i cittadini di domani.

Il secondo requisito previsto dal par. 30 è rappresentato dall'indispensabilità della condotta per la realizzazione delle efficienze prospettate. Anche in questo caso nei casi di abuso escludente che ho preso a esempio è ragionevole ritenere che sia nel caso dei prezzi predatori sia nel caso della scontistica fidelizzante si

⁽⁷⁰⁾ Di contrario avviso HOLMES, MEAGHER, *A sustainable future: how can control of monopoly power pay a part? Part II*, (nt. 25), 66.

⁽⁷¹⁾ Favorevole invece KINGSTON, (nt. 25), 304-312 la quale identifica tre categorie di objective justifications « (1) where a dominant company takes "reasonable steps" to protect its commercial interests; (2) if the efficiencies justify the conduct such that there is "no net harm to consumers"; and (3) legitimate public interest grounds. Più recentemente, Id., *Competition and Sustainability in EU law: Nearer resolution of the old debate?*, in *Sustainability and competition policy*, *Concurrence, On-Topic*, n. 1, 2023, 5 ss. e MAUBOUSSIN, *Environmental defences as a shield from Article 102 TFEU*, in *Concurrences*, 2022, 33.

⁽⁷²⁾ Cfr., sul punto, TIETENBERG e LEWIS, *Dynamic Efficiency and Sustainable Development*, in *Natural Resource Economics: The Essentials*⁹, New York, Routledge, 2019; SHAMSI e ROSENBOOM, *Economist Perspective*, in *Sustainability and competition policy*, *Concurrence, On-Topic*, n. 1, 2023, 36 ss.

ponga nuovamente un tema di proporzionalità del comportamento dell'impresa dominante rispetto all'esigenza di mantenere aperto il mercato in modo tale da stimolare nuovi miglioramenti di efficienza. Sarà ragionevole predeterminare la durata sia dell'una che dell'altra condotta in modo da operare il necessario bilanciamento tra la necessità di raggiungere un soddisfacente livello di economie di scala da parte dell'impresa dominante e il mantenimento della concorrenza.

Strettamente legato a tale condizione è il requisito per cui la condotta dell'impresa dominante non sia in grado di eliminare una concorrenza effettiva attraverso la rimozione di tutte o le principali fonti della concorrenza attuale o potenziale. Nuovamente si tratta di valutare l'elemento della proporzionalità al fine dell'integrazione delle esigenze connesse con la tutela dell'ambiente con la protezione della concorrenza in ottica dinamica.

Ultimo elemento, come già segnalato il più critico per un accoglimento delle istanze di sostenibilità ambientale nell'applicazione dell'art. 102 TFEU, è la condizione per cui «likely efficiencies brought about by the conduct outweigh any likely effects on competition and consumer welfare in the affected markets». Per come è formulata la condizione, e volendo rimanere a un'interpretazione tradizionale del concetto di *consumer welfare*, l'integrazione appare di non facile realizzabilità. Appare possibile, tuttavia, una diversa riflessione legata alla prospettiva dinamica dei guadagni di efficienza in funzione delle finalità di sostenibilità ambientale della condotta di imprese in posizione dominante e, più in generale, delle ipotesi di esenzione rispetto alle restrizioni della concorrenza.

Come ricordato, il principale ostacolo è rappresentato dalla concezione utilitaristica, legata principalmente al prezzo, del concetto di *consumer welfare* e alla duplice prospettiva che lo contraddistingue: (i) attuale; (ii) circoscritta all'ambito dei consumatori (o delle controparti) appartenenti al medesimo mercato rilevante in cui ha luogo l'abuso o, al più, facenti parte di mercati rilevanti adiacenti. È noto che da tempo la nozione di benessere del consumatore è oggetto di critiche da parte di alcuni autori che ne avvertono la sostanziale inconsistenza e superficialità⁽⁷³⁾, denunciando la non accettabile approssimazione che contraddistingue, in ultima analisi, il meccanismo di bilanciamento per verificare se “il consumatore” abbia o meno subito un detrimento nella “sua” utilità personale dalla condotta delle imprese⁽⁷⁴⁾. La critica principale è legata alla semplificazione legata all'eventuale *surplus* tra i componenti dell'unica categoria di “consumatore” senza distinguere

⁽⁷³⁾ Secondo WERDEN, *Consumer welfare and competition policy*, in *Competition Policy and the Economic Approach: Foundations and Limitations*, a cura di Drexler, Kerber e Poszum, Celsdenham, Edward Elgar, 2011, 15 «the superficial consensus on consumer welfare masks a deep disagreement about what consumer welfare means and especially about what policies best to promote it».

⁽⁷⁴⁾ In numerosi scritti, principalmente da parte di DENOZZA, *The Future of Antitrust: Concern for the Real Interest at Stake, or Etiquette for Oligopolist?*, in *Rivista ODC*, 2017, 1 ss.; Id., *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in Aa. Vv., *Regole e mercato*, a cura di Rispoli Farina, Sciarone Alibrandi, Tonelli, Torino, Giappichelli, 2017, XV ss.; Id., *Aggregazioni arbitrarie v. “tipi” protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in questa *Rivista*, 2009, I, 1057 ss.; DENOZZA, TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'“approccio economico” nell'interpretazione del diritto anti-trust*, in *Merc. conc. reg.*, 2006, 563 ss.; DENOZZA, *Pratiche anticoncorrenziali e bilanciamento degli effetti tra benessere ed equità*, in *Riv. it. economisti*, 2005, 49 ss.; DASKALOVA, *Consumer Welfare in EU Competition Law: What Is It (Not) About*, in *Comp. L. Rev.*, 2015, 133 ss.

al loro interno le diverse preferenze, anche slegate alla pura quantificazione economica dei singoli benefici o perdite di beneficio ⁽⁷⁵⁾.

La tradizionale concezione del *consumer welfare* è stata quindi sottoposta a critica principalmente per il fatto che essa si concentra su un approccio individualistico che viene convogliato, da un lato, nel consumatore rappresentativo dell'intera classe e, dall'altro lato, nella generale categoria dei produttori, riassumendo in questo modo le interazioni che avvengono nel mercato. Gli individui vengono così allocati in due distinte posizioni, ciascuna con le proprie preordinate strategie comportamentali, senza tenere in considerazione il vasto spettro di preferenze che possono formarsi all'interno di ciascuna categoria ⁽⁷⁶⁾. Il tutto viene tradizionalmente semplificato in modo ulteriore assumendo che le preferenze, caratterizzate da razionalità, si basino sul prezzo presente nel mercato o, in assenza del prezzo, sulla base di stime basate su campioni di consumatori tese a quantificare numericamente la loro c.d. *willingness to pay* dinanzi a una ipotizzata scelta o scenario ⁽⁷⁷⁾.

Ogni preferenza così riassunta e aggregata risente della posizione attuale delle preferenze dei consumatori in una chiave principalmente statica e non tiene conto dell'aspetto diacronico di ogni iniziativa innovativa (o di sostenibilità ambientale) delle imprese sul mercato ⁽⁷⁸⁾, mancando, quindi, di rilevare le preferenze in termini di *consumer future welfare*, circostanza particolarmente

⁽⁷⁵⁾ Per una estesa critica all'attuale impostazione del diritto della concorrenza, con particolare riguardo al tema del *consumer welfare*, si v. LIANOS, *Polycentric Competition Law*, in *Current Legal Problems*, 2018, 161 ss. In particolare secondo l'autore «One may challenge the characterization of modern competition law as monocentric, by arguing that the move towards a more effect-based, economic approach in competition law has accentuated the polycentric dimension of competition law disputes. Final and intermediate consumers active in the specific relevant market and affected by the adjudicated transaction are the focus of competition law inquiry, their interest(s) being given the most weight in the decision making process [...] However, despite its being broad in appearance, this focus on consumers is in reality quite narrow».

⁽⁷⁶⁾ Cfr. in proposito, DENOZZA, *The Future of Antitrust*, (nt. 74), 8, per il quale «More in general, differences among the preferences of various classes of consumers can be relevant in many cases. An example is that of quality changes: in these cases the problem arising would be "how to balance a price increase that affects all consumers against a quality improvement that only some consumers demand"», citando lo scritto di ALLENSWORTH, *The commensurability myth in antitrust*, in *Vand. L. Rev.*, 2016, 22.

⁽⁷⁷⁾ Metodologia utilizzata per esempio dall'ACM (Autorità della concorrenza olandese) nella decisione nel caso *Chicken of tomorrow*. In favore di tale metodologia di analisi delle preferenze del consumatore si v. Inderst e Thomas, *Reflective Willingness to Pay: Preferences for Sustainable Consumption in a Consumer Welfare Analysis*, in *J. Comp. L.&E.*, 2021, 848 ss. Con specifico riguardo ai benefici nella valutazione tradizionale essi sono individuati in *market* e *non-market* e in entrambi i casi essi sono individuati mediante una loro "monetizzazione" facendo uso di una prospettiva individualistica avendo riguardo al *willingness to pay* di ciascun cittadino rispetto alla prospettata riduzione o prevenzione di un deterioramento ambientale o al valore che, al contrario, ciascun cittadino assegna al fatto di tollerare tale deterioramento ambientale. In proposito è stato affermato che «The benefits of polluting control can be divided into two categories: market benefits and non-market benefits. For example, cleaning up a river may lead to increases in commercial fish harvest, greater use of turistic services and fewer medical expenses and days lost at work due to waterborne diseases [...] whereas non-market benefits may be increased recreational use of the river (boating, swimming and fishing) the enjoyment of greater species diversity», così GOODSTEIN, *Economics of the Environment*⁷, Hoboken, 2014, p. 64.

⁽⁷⁸⁾ Sottolineata di recente anche da LENER, LUCARELLI, *Sostenibilità ESG e attività bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, I, 7, per i quali nella prospettiva esterna della ESG si allude alla possibilità che in un orizzonte temporale sufficientemente lungo le esternalità dell'impresa siano tali da non pregiudicare gli equilibri ambientali, sociali e di buon governo.

importante se la condotta dell'impresa ha ad oggetto una politica tesa, sia pure indirettamente, al benessere futuro della società. Ed anche il meccanismo di misurazione della *willingness to pay* si basa su campioni consumatori attuali che ipotizzano le loro future preferenze ⁽⁷⁹⁾.

È invece ragionevole che le tematiche legate alla maggiore sostenibilità ambientale e le preferenze dei consumatori/cittadini presenti e futuri non vengano racchiuse e catalogate secondo parametri di carattere numerico e che di esse si possa tenere conto. Il rischio è quello di sottostimare la complessiva dimensione del fenomeno della transizione eco-sostenibile ⁽⁸⁰⁾ ed è quindi opportuno, per lo meno nei casi di applicazione delle norme a tutela della concorrenza in cui vi sia la necessità integrare nella valutazione anche le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente, ripensare a un diverso concetto di *consumer welfare*, disancorato da parametri numerici e ispirato a criteri di ragionevolezza e proporzionalità ⁽⁸¹⁾.

La strada possibile è quella di liberare il concetto di *consumer welfare* dalla sua dimensione individualistica e statica e aprire a una concezione maggiormente "politica" dell'analisi. Come è stato già messo in evidenza ⁽⁸²⁾, il benessere del consumatore — soprattutto nel campo di riflessione oggetto del presente scritto — può avere anche una sua accezione di contemperamento di interessi anche non di carattere economico, secondo parametri di proporzionalità, che sia in grado di catturare i diversi aspetti dell'impatto di una condotta potenzialmente ricadente nell'ambito dell'art. 102, il che comporta anche un certo grado di discrezionalità nelle scelte di *enforcement* da parte della Commissione e, a cascata — nella misura in cui ciò sia ritenuto possibile — delle Autorità e dei giudici degli Stati

⁽⁷⁹⁾ Cfr. LIANOS, (nt. 75), 175, «The interests of future 'consumers' are assumed to coincide with the revealed preferences of the current 'consumers', for instance regarding the direction of innovation that is socially valuable, notwithstanding any evolution of the values presently prevailing in society, the technologies available, or of what are the requirements of the rules of the prevailing in society». L'autore definisce tale concezione del diritto della concorrenza come "monocentric".

⁽⁸⁰⁾ Altrimenti posto, il quesito è il seguente: «For instance, if a society expressed its commitment to protect the environment, by including in its foundation texts, specific provisions requiring the consideration of environmental protection concerns in the various normative activities of public authorities, why should we not take into account these citizens' preferences in understanding when innovation may be socially valuable and thus compatible with the agents' preferences?», così LIANOS, (nt. 75), 184.

⁽⁸¹⁾ Un sia pure timido cenno in questo senso compare in un passaggio di una decisione della Commissione (27 marzo 2017) in un caso di controllo delle concentrazioni tra imprese (*Dow/DuPont*) in cui, ai fini dell'autorizzazione preventiva dell'operazione, è stato considerato come l'innovazione nel campo del raccolto in agricoltura sia di cruciale importanza «both from the perspective of farmers and growers» e produca un positivo impatto per la sicurezza del cibo, la protezione dell'ambiente e la salute pubblica. In particolare, (§1977) «From a general public policy perspective, new AIs can also ensure reduced toxicity address the evolving biology of pests and ensure effective results. Regulation also plays a role in this respect. In light of the growing environmental and food safety requirements, some AIs are prohibited over time or refused renewal of approval. This induces a need for better and safer crop protection chemicals» (§1978) «Global population has been dramatically growing over the past decades, and is expected to further increase in the coming decades, and with it the global food demand. As represented in the following [...] internal document, an increase of population means that the available arable land per capita is bound to decrease. Increasing crop yields and productivity is therefore crucial for securing food security for an increasing world population».

⁽⁸²⁾ DENOZZA, *The Future of Antitrust*, (nt. 74), 10, «Every judgement on the welfare effects of a practice is unavoidably political in the sense that it ends up giving more value to the gains of some and lower value to the losses of others. It is a judgment of convenience about certain expected results and of preferences for the interest of some people»

membri. Si tratta, comunque di una discrezionalità che deve avere come faro l'applicazione integrale delle norme dei Trattati, inclusa la norma di integrazione dell'art. 11 TFEU. Tale (apparentemente) minore certezza nell'applicazione delle norme antitrust non mi pare inaccettabile. In primo luogo spetta alla Commissione di applicare nella loro interezza le norme dei Trattati e già in passato essa ha assunto decisioni anche ispirate da finalità "politiche" (si pensi alle restrizioni alle importazioni parallele). Inoltre, le decisioni della Commissione sono sottoposte al vaglio dei giudici europei i quali sono chiamati a valutare l'iter argomentativo e procedurale applicato dalla Commissione. Occorre tuttavia ammettere che, al momento, la soluzione maggiormente efficiente dal punto di vista della certezza del diritto sarebbe quella di sottoporre in via preventiva all'attenzione della Commissione l'ipotesi di condotta che l'impresa dominante intende porre in essere in modo tale da ottenere in via informale una valutazione preventiva. Tale possibilità è prevista espressamente dall'art. 10 Reg. n. 1/2003 ed è rimasta inutilizzata per quasi vent'anni⁽⁸³⁾ sino a quanto la Commissione non ha emanato una comunicazione temporanea⁽⁸⁴⁾ in base alla quale, nel periodo di maggiore espansione della pandemia da Covid-19, le imprese vivevano anche sotto il profilo della tutela della concorrenza un periodo di grande incertezza. Non vi è motivo, a mio avviso, per non sollecitare le imprese, anche mediante un esplicito riferimento all'interno delle future *Guidelines* e limitatamente alle tematiche di sostenibilità ambientale, a sottoporre alla Commissione l'ipotesi della loro condotta al fine di ottenere, nei casi di oggettiva incertezza, una valutazione preventiva da parte dell'Autorità antitrust europea. In questo modo, il timore da più parti evidenziato circa i rischi di possibili sanzioni anche nei casi in cui il proposito delle imprese sia autentico e non anti-concorrenziale sarebbe certamente attenuato in attesa del consolidarsi della prassi e della giurisprudenza.

In conclusione, dal punto di vista normativo (di *soft law*) il lavoro della Commissione circa il progressivo ingresso di valutazioni di sostenibilità ambientale nell'ambito dell'applicazione dell'art. 102 TFEU appare ancora sostanzialmente fermo. Non mi pare, tuttavia, più eludibile una sia pure mirata rivisitazione del concetto di *consumer welfare* nelle ipotesi di perseguimento di obiettivi previsti dall'art. 11 TFEU. L'emanazione delle prossime *Guidelines* relative all'art. 102 mi pare la sede più appropriata sperando che la comune sensibilità verso un migliore e più certo contemperamento tra tutela della concorrenza e istanze ambientali possa rapidamente prendere piede anche all'interno delle Istituzioni dell'Unione.

ALBERTO DE PRA

⁽⁸³⁾ Come testimoniato, a esempio, da WHISH, BAILEY, *Competition Law*⁸, (nt. 9), 275.

⁽⁸⁴⁾ EC, *Temporary Framework for assessing antitrust issues related to business cooperation in response to situations of urgency stemming from the current COVID-19 outbreak*, 8 aprile 2020. Sul tema si v. GHEZZI, ZOBOLI, *L'antitrust ai tempi del Coronavirus: riflessioni sulle esperienze internazionali e sulle iniziative italiane*, in *Riv. soc.*, 2020, 625 s. e BUHART, HENRY, *COVID-20: The Comfort Letter is Dead. Long Live to Comfort Letter?*, in *World Competition*, 2020, 305 s.

Abstract

Going “green” has become a common objective. Competition Law has also recently become increasingly concerned with sustainability aspects. The discussions primarily revolve around Article 101 TFEU and, at first glance, Article 102 TFEU offers less scope to take sustainability and environmental concerns into account than other areas of Competition Law. However, Competition Law should be enforced consistently with other principles provided for by the Treaties and, in particular, by art. 11 TFEU. In view of the current debate on climate protection, the paper addresses these issues and examines whether and how Article 102 TFEU can be usefully implemented in pursuing sustainability goals.