

RESILIENZA E CALAMITÀ NATURALI
20 FEBBRAIO 2026

Profili comparatistici in tema di accordi
di sostenibilità nel diritto della
concorrenza europeo

di Niccolò Galli

Research fellow

Istituto Universitario Europeo di Fiesole

e Armando Santoni

Professore associato di Diritto commerciale
Università degli Studi di Macerata



Profili comparatistici in tema di accordi di sostenibilità nel diritto della concorrenza europeo*

di Niccolò Galli

Research fellow
Istituto Universitario Europeo di Fiesole

e Armando Santoni

Professore associato di Diritto commerciale
Università degli Studi di Macerata

Abstract [It]: L'articolo, con approccio comparatistico, analizza i problemi di compatibilità degli accordi tra imprese volti ad accrescere gli standard di sostenibilità dei prodotti o servizi offerti sul mercato, ma suscettibili di avere effetti anticoncorrenziali, con l'approccio prettamente economicistico adoperato nell'Unione Europea negli ultimi venticinque anni.

Title: Comparative profiles on sustainability agreements in European competition law

Abstract [En]: The article examines the antitrust legitimacy of potentially anticompetitive agreements between undertakings which are aimed at enhancing sustainability standards of products or services. Following a comparative approach, the Authors analyze the compatibility of sustainability agreements with the strictly economic approach followed in antitrust in the European Union over the past twenty-five years.

Parole chiave: accordi di sostenibilità, intese restrittive della concorrenza, sostenibilità, *more economic approach*, Linee guida sugli accordi di cooperazione orizzontale

Keywords: sustainability agreements, restraining agreements, sustainability, more economic approach, Guidelines on horizontal cooperation agreements

Sommario: 1. Introduzione. 2. La sostenibilità nelle fonti primarie del diritto europeo. 3. Il rapporto tra sostenibilità e concorrenza nelle Linee guida della Commissione Europea e in alcuni ordinamenti nazionali. 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Il presente esamina, in chiave comparatistica, la rilevanza antitrust delle pratiche di sostenibilità che le imprese pongono in essere sul mercato, con particolare attenzione agli accordi tra concorrenti o tra operatori lungo una filiera volti ad elevare standard ambientali, sociali o di governance. Si tratta di una prospettiva d'indagine da tempo oggetto di un vivace dibattito nella letteratura e nelle istituzioni europee¹,

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Cfr., nell'ampia letteratura in materia e senza pretese di completezza, M. GEHRING, *Competition for Sustainability: Sustainable Development Concerns in National and EC*, in 15 *Rev. Eur. Comp. Int. Env. L.*, 2006, p. 172; S. KINGSTON, *Integrating Environmental Protection and Competition Law: Why Competition isn't special*, in *Eur. Law J.*, 2010, p. 780; A. GERBRANDY, *Solving a Sustainability Deficit in European Competition Law*, in *World Competition*, 2017, p. 539; S. HOLMES, *Climate change, sustainability and Competition Law*, in 8 *Journal of Antitrust Enforcement* (2020), p. 354; G. MONTI, *Four Options for a Greener Competition Law*, in 11 *J. Eur. Comp. L. Pol.*, 2020, p. 123; M. GASSLER, *Sustainability, the Green Deal and Art. 101 TFEU: the Road map for Sustainable Cooperation*, in *J. Eur. Comp. L. Pr.*, 2021, p. 430. M. CAMPO COMBA, *EU Competition Law and Sustainability. The Need for an Approach Focused on the Objectives of Sustainability Agreements*, in *Erasmus L. Rev.*, 2022, p. 190; M. DREHER – T. HELD, *ESG & Supply Chain: A Practical Outlook on Opportunities and Challenges Under Antitrust Law*, in 43 *Eur. Comp. L. Rev.*, 2022, p. 417; E. LECCHI, *Sustainability in EU Merger Control*, in 44 *Eur. Comp. L. Rev.*, 2022, p. 70; J. MALINAUSKAITE, *Competition Law and Sustainability: EU and National Perspectives*, in 13 *J. Eu. Comp.*

e di crescente interesse anche per la dottrina italiana², nonostante l’Autorità garante della concorrenza e del mercato non abbia ancora preso una posizione esplicita al riguardo³.

Come per tutte le altre condotte unilaterali o collettive rilevanti sul mercato, anche quelle connotate da caratteristiche di *sostenibilità*, nel variabile significato che tale termine può assumere dal punto di vista tecnico, potrebbero tradursi in violazioni del diritto della concorrenza. Invero, iniziative volte ad aumentare la sostenibilità, e dunque, tipicamente, la qualità dei prodotti, possono tradursi in un aumento di costi, e dunque dei relativi prezzi al consumo. Qualora tali iniziative rappresentino il frutto di un accordo tra una pluralità di imprese, il potenziale effetto anticoncorrenziale è determinato dall’aumento dei prezzi e dalla contestuale riduzione della libertà di scelta dei consumatori, qualora questi ultimi siano privati della possibilità di accedere a prodotti convenzionali, ossia poco sostenibili, a minor prezzo⁴. Nella letteratura europea si è da più parti sollecitato un ripensamento dei ristretti margini di applicazione dei meccanismi di deroga ai divieti *antitrust* in funzione di incentivare il conseguimento di obiettivi di sviluppo sostenibile da parte delle imprese (*sustainability as a shield*)⁵. Secondo tale impostazione, l’applicazione del diritto della concorrenza europeo, e dei relativi meccanismi di esenzione, in senso conforme all’interpretazione più che ventennale offerta dalle Autorità garanti sul concetto di *consumer welfare*, e come

Law & Practice, 2022, p. 336. Nella dottrina tedesca, si v. l’ampio lavoro di S. THOMAS, *Wettbewerb, Wohlfahrt und Demokratie – ordnungspolitische Bewertung aktueller Entwicklungen*, in 188 ZHR, 2024, p. 762. Si v. anche il report pubblicato in risposta alla consultazione pubblica lanciata dalla Commissione Europea, STECCONI (a cura di), *Competition Policy in Support of Europe’s Green Ambition*, in 1 *Competition policy brief*, 2021, pp. 1, 2.

² V., tra gli altri, i contributi di C. MURACA, *Tutela della concorrenza e sostenibilità ambientale: un dialogo difficile ma necessario*, in *Rivista Reg. Merc.*, 2021, p. 70; A. DE PRA, *Sostenibilità e divieto di intese restrittive della concorrenza alla luce della recente normativa europea*, in *NLCC*, 2023, p. 736; ID., *Difesa di sostenibilità ambientale e abuso di posizione dominante*, in *Giur. comm.*, 2023, I, p. 874; V. DI CATALDO, *Antitrust, green deal e sostenibilità*, in F. GHEZZI (a cura di), *Il diritto antitrust in crisi? La tutela della concorrenza tra nuovi obiettivi, modalità di enforcement, regole procedurali*, Milano, 2025, p. 45. Per alcuni cenni v. anche M. SIRAGUSA, *Antitrust e consumer welfare alla prova della doppia transizione ecologica e digitale*, in *Rivista ODC*, 2023, pp. 884, 886.

³ Se l’AGCM ha ripetutamente rivolto la sua attenzione alla repressione delle pratiche di c.d. *greenwashing* (ad es., si v. da ultimo il provvedimento *AGCM c. Infinite Styles Co. Ltd*, 29 luglio 2025; per una rassegna di tale approccio, si v. E. IOSSA – F. MATTONAI, *Il contributo dell’AGCM allo sviluppo della sostenibilità*, in *Mercato concorrenza regole*, 2023, p. 365), che, come si vedrà, rappresentano solo una parte del più ampio tema del rapporto tra sostenibilità e concorrenza, essa, da un lato, non ha ancora avuto l’occasione di valutare il possibile rilievo anticoncorrenziale di accordi di cooperazione con elementi di sostenibilità, e, a differenza di vari suoi omologhi europei, oltre che della stessa Commissione Europea, dall’altro lato, non ha ancora provveduto alla redazione di apposite Linee guida che aiutino le imprese a rendersi conto del possibile rilievo anticoncorrenziale delle proprie iniziative di sostenibilità. Forse, la mancata adozione di proprie Linee guida e la contestuale adesione a quelle fornite dalla Commissione in materia di accordi di cooperazione orizzontale potrebbe comunque fornire un quadro sufficientemente chiaro alle imprese italiane intenzionate a concludere intese c.d. di sostenibilità.

⁴ Tali sono considerazioni che hanno indotto l’Autorità garante della concorrenza olandese (*Autoriteit Consument & Markt, ACM*), nel noto caso *Chicken of Tomorrow*, a bloccare un accordo tra i principali allevatori di pollame e distributori olandesi volto ad elevare la qualità della vita dei polli commercializzati nel mercato olandese. Cfr. la decisione di ACM, 26 gennaio 2015, caso n. 13.0195.66 – *Chicken of Tomorrow*, e il relativo comunicato stampa dell’Autorità.

⁵ A. GERBRANDY, *Solving a Sustainability Deficit*, *cit.*, pp. 539 ss.; S. KINGSTON, *Integrating Environmental Protection*, *cit.*, p. 780; M. CAMPO COMBA, *EU Competition Law and Sustainability*, *cit.*, pp. 190 ss.

noto basata su un approccio principalmente, se non esclusivamente, economico (*more economic approach*)⁶, rappresenterebbe un ostacolo per le imprese a perseguire obiettivi di sviluppo sostenibile. In questa prospettiva, una maggiore tolleranza verso gli accordi di sostenibilità sarebbe soprattutto funzionale al superamento del c.d. *first mover disadvantage*, ossia il disincentivo per le singole imprese a elevare i propri standard di sostenibilità senza che i loro concorrenti facciano altrettanto⁷. Ciò implicherebbe non solo un rischio di insuccesso dell'iniziativa presso i consumatori, laddove questi non fossero disposti a prediligere considerazioni legate alla sostenibilità dei prodotti o servizi acquistati in luogo di altre di natura meramente economica, ma anche un rischio di *free-riding* da parte dei concorrenti. Questi ultimi potrebbero infatti, in un secondo momento, agganciarsi alle pratiche di sostenibilità intraprese dal *first mover*, senza necessità di sostenere investimenti analoghi⁸. Proprio allo scopo di non penalizzare eccessivamente la cooperazione tra imprese in questo ambito, peraltro interessata, ai fini antitrust, da una soglia di rilevanza più bassa rispetto alle condotte unilaterali⁹, varie autorità nazionali garanti della concorrenza hanno sviluppato linee guida o altre politiche di incentivo agli accordi di sostenibilità. Dall'altro lato, bisogna evitare che le imprese attuino pratiche solo apparentemente sostenibili (c.d. *greenwashing*), al mero scopo di acquisire quote di mercato o di realizzare altri effetti anticoncorrenziali. Tale prospettiva (*sustainability as a sword*) è, almeno in teoria, meno problematica della prima, posto che qui sostenibilità e concorrenza non si pongono in conflitto, collocandosi, tutto al contrario, in funzione

⁶ Appare significativo che l'unico caso, ricorrentemente citato dalla dottrina europea, in cui la valutazione antitrust ha espressamente valorizzato fattori legati alla sostenibilità, risalga all'epoca precedente al c.d. processo di decentralizzazione più volte richiamato. Si allude a COMMISSIONE EUROPEA, decisione 2000/475/EC (c.d. caso *CECED*), relativo ad un accordo tra produttori di lavatrici domestiche volto a eliminare la produzione dei modelli meno efficienti dal punto di vista energetico. Tale accordo avrebbe comportato una riduzione dei costi energetici per i consumatori e una diminuzione delle emissioni di CO₂, ma anche un aumento dei prezzi di acquisto delle nuove macchine e una riduzione della scelta dei consumatori. La decisione di esenzione, tuttavia, pur considerando i benefici collettivi generati dalla maggiore efficienza energetica delle lavatrici di nuova generazione, si fondò comunque sul principio della piena compensazione economica degli utenti grazie ai risparmi sulle bollette elettriche, tali da compensare entro un arco temporale ragionevole, il maggiore prezzo di acquisto delle nuove macchine. Un'altra decisione significativa in materia di esenzione è quella relativa al caso *Beef Industry Development Society* (CGCE, Case C-209/07 (2008) – *The Competition Authority v. Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers (Carrigmore) Ltd.*), che pure rappresenta un precedente che induce a considerare con cautela possibili esenzioni per gli accordi di sostenibilità. In quel caso, infatti, i principali allevatori e macellatori irlandesi di carne bovina convennero di ridurre la sovrapproduzione del settore per renderlo più efficiente e redditizio. Tuttavia, tale accordo si tradusse in una limitazione della produzione, che è una condotta tipicamente anticoncorrenziale per oggetto ai sensi dell'articolo 101, par. 1, lett. (b) TFUE. Analogamente a quanto avviene in materia di accordi di sostenibilità, la Corte ha chiarito che la legittima finalità perseguita da un accordo, di per sé, non ne impedisce la riconducibilità all'articolo 101, par. 1, TFUE, qualora i mezzi utilizzati siano anticoncorrenziali. I quattro requisiti previsti dall'articolo 101, par. 3, TFUE, devono essere soddisfatti e pienamente dimostrati dalle parti interessate.

⁷ Tra i molti riferimenti in letteratura a tale problema, v. per tutti J. ELLISON, *A Fair Share: Time For the Carbon Defence?*, in *ssrn.com*, 21 febbraio 2020, p. 3.

⁸ G. MONTI – J. MULDER *Escaping the Clutches of EU Competition Law: Pathways to Assess Private Sustainability Initiatives*, in 42 *Eur. L. Rev.*, 2017, pp. 635, 636.

⁹ Cfr. S.M. COLINO, *Antitrust's Environmental Footprint: Redefining the Boundaries of Green Antitrust*, in *The Chinese University of Hong Kong Research Paper* 2024-01, p. 3, 8.

reciprocamente complementare¹⁰. Essa attiene alle condotte di mercato doppiamente illecite, dal punto di vista antitrust e della transizione verso tecniche di produzione sostenibili, come quando due o più imprese convengono di astenersi dal competere sul progresso tecnico relativo al raggiungimento o al superamento di determinati standard legali di sostenibilità. Tuttavia, l'accertamento di simili accordi anticoncorrenziali può essere arduo, posto che essi potrebbero anche celarsi dietro pratiche apparentemente sostenibili, come confermato dalla prassi¹¹. Esemplare in questo senso è il noto caso *Dieselgate*, dove la Commissione Europea ha accertato che alcune delle principali case automobilistiche tedesche avevano concluso un accordo in materia di ricerca e sviluppo apparentemente volto alla conformazione ai nuovi standard europei in materia di emissioni, concordando, nella realtà, di non competere nello sviluppo di tecnologie idonee a ridurre le emissioni dei veicoli oltre il minimo legale. In particolare, le indagini della Commissione hanno rivelato che, nel corso di regolari riunioni tecniche tenutesi tra il 2009 e il 2014, gli aderenti all'accordo avevano convenuto di limitare lo sviluppo dei sistemi di riduzione catalitica selettiva (*selective catalytic reduction, SCR*) per i motori diesel delle autovetture prodotte, che consentono di ridurre le emissioni di ossidi di azoto mediante l'iniezione del cosiddetto *AdBlue* nel flusso dei gas di scarico. Secondo la Commissione, tale accordo, volto alla limitazione dello sviluppo tecnico, ha costituito una chiara violazione della concorrenza «per oggetto» ai sensi dell'art. 101, par. 1, lett. b) TFUE, ed è stato ritenuto anche in contrasto con gli obiettivi di sostenibilità del *Green Deal* europeo, ed in particolare con quelli previsti dall'art. 23, par. 2, del regolamento (CE) n. 1/2003. La duplice dimensione del problema, ossia della sostenibilità come possibile efficienza da ponderare e, insieme, come possibile schermo retorico per collusioni, impone un'analisi che coniughi coerenza sistematica, certezza giuridica e cautele probatorie.

A partire da queste considerazioni, il presente lavoro è dedicato all'emergente inquadramento normativo del rapporto tra diritto della concorrenza europeo e sostenibilità. A tale scopo, occorre innanzitutto verificare se, alla luce delle fonti primarie del diritto europeo, sia almeno astrattamente possibile bilanciare il conseguimento di obiettivi di sviluppo sostenibile e l'applicazione del diritto antitrust (Sezione 2.). La Sezione 3 ricostruisce, da un lato, l'impostazione della Commissione nelle Linee guida sugli accordi di

¹⁰ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Competition Policy supporting the Green Deal: Call for Contributions*, Brussels, 22 September 2020.

¹¹ Negli ultimi anni, si sono verificati vari casi di questo genere. Ad esempio, nel caso C-563/19 P, *Recylex SA e altri c. Commissione Europea*, 3 giugno 2021, dove la Commissione ha sanzionato alcune imprese operanti nel mercato del riciclaggio di batterie per autoveicoli esaurite per cartello sui prezzi. Nel caso c.d. *Consumer Detergents* (caso 2011/C 193/06 COMP/39.579), i principali produttori di detersivi per lavatrici domestiche ponevano in essere un'iniziativa di promozione di confezioni più piccole ed apparentemente sostenibili, la quale, in realtà, celava un accordo di ripartizione del mercato rilevante con aumento dei prezzi al consumo. Ancora, nel caso *Trucks Cartel* (caso AT.39824 -Trucks C(2017) 6467 final), la Commissione ha sanzionato alcuni produttori di autocarri per cartello sui prezzi, riversando sui consumatori finali i costi legati alla *compliance* con i nuovi standard di sostenibilità.

cooperazione orizzontale del 2023¹², inclusa la distinzione tra benefici individuali (legati e non legati all'uso) e benefici collettivi ai fini dell'art. 101, par. 3, TFUE, e, dall'altro, mappa le principali esperienze nazionali secondo tre variabili (fonte normativa, nozione di sostenibilità, ampiezza dei benefici considerabili), evidenziando come la modernizzazione e la decentralizzazione dell'enforcement (reg. n. 1/2003), pur mitigate da strumenti di cooperazione quali l'ECN e la direttiva ECN+, possano lasciare spazio a divergenze applicative. La parte finale del lavoro trae le implicazioni per l'autovalutazione delle imprese e per i possibili strumenti di governance (incluse le *guidance letters* e, in prospettiva, soluzioni vincolanti o settoriali) atti a ridurre incertezza e frammentazione a beneficio del mercato unico europeo.

2. La sostenibilità nelle fonti primarie del diritto europeo

La collocazione del concetto di sostenibilità nelle valutazioni antitrust, ed in particolare nell'ambito del parametro del *consumer welfare*, auspicata da alcuni, si scontra tuttavia con la tradizionale impostazione economica sottesa alle une ed all'altro. Già da una sommaria analisi dell'emersione e della successiva evoluzione del concetto di sostenibilità, nella specie in ambito internazionale, emerge il suo carattere intergenerazionale e prospettico, che imporrebbe la considerazione di valori non economici di lungo termine¹³. Secondo una nota formula, lo sviluppo sostenibile andrebbe infatti inteso come «un modello di sviluppo che soddisfi i bisogni del presente senza compromettere l'esigenza delle future generazioni di soddisfare i loro bisogni»¹⁴, comprendendo al suo interno la triade rappresentata dalla sostenibilità ambientale, economica e sociale.

Senza dilungarsi su questioni note, ed ormai acquisite al dibattito in materia di sostenibilità, dal punto di vista della applicazione del diritto della concorrenza si assiste ad una possibile tensione tra le variabili economiche (in particolare quelle relative al prezzo o alla varietà dei prodotti) tipicamente sottese alle valutazioni antitrust e altre variabili, anche non economiche, alcune delle quali pur incluse nelle valutazioni antitrust¹⁵, associate al conseguimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile, come la maggiore salubrità dell'ambiente e la maggiore qualità dei prodotti offerti sul mercato rilevante, cui

¹² Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione C(2023) 4752 final*, testo consultabile sul sito dell'[Unione Europea](#).

¹³ Cfr. R. MITRA, *Sustainability and Sustainable Development*, in C. SCOTT, L. LEWIS (a cura di), *The International Encyclopedia of Organizational Communication*, Wiley, Hoboken, 2017, pp. 1, 4.

¹⁴ In questi termini si esprime il c.d. rapporto Brundtland (UNITED NATIONS, *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future (1987) A/42/427*, testo consultabile sul sito dell'[Organizzazione delle Nazioni Unite](#)).

¹⁵ Ad esempio, si v. il noto caso *Wouters* (C-309/99 (2002) – *Wouters et al. v. Algemene Raad van de Nederlandse Orden van Advocaten*), ove la Corte di giustizia dell'Unione europea ha ammesso una deroga per condotte in principio anticoncorrenziali ma ritenute funzionali al perseguimento di legittimi interessi pubblici. In quel caso, l'Ordine degli avvocati dei Paesi Bassi aveva vietato agli avvocati di costituire associazioni professionali con soggetti non avvocati, come ad esempio i dottori commercialisti. La Corte ha ritenuto tale limitazione legittima, in quanto considerata indispensabile per garantire il corretto esercizio della professione forense e, in ultima analisi, il buon funzionamento dell'amministrazione della giustizia.

tuttavia si associ un aumento dei prezzi al consumo e una riduzione della libertà di scelta dei consumatori. Tale confronto si traduce nell'alternativa tra premiare, da un lato, i consumatori attuali con una maggiore varietà di prodotti a prezzi più bassi, ovvero, dall'altro lato, la collettività nel suo insieme grazie a condizioni di vita migliori connesse alla produzione sostenibile.

Prima di approfondire le ragioni che rendono particolarmente difficile il contemperamento di tali esigenze, è opportuno richiamare il fondamento costituzionale, nell'ambito dell'ordinamento europeo, dello sviluppo sostenibile, posto che le fonti primarie lo annoverano tra le competenze delle istituzioni europee e tra gli obiettivi primari dell'Unione¹⁶. Lasciando da parte i numerosi interventi normativi secondari¹⁷, un'interpretazione letterale e sistematica delle norme dei Trattati, infatti, milita senz'altro a favore della considerazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile nell'applicazione del diritto della concorrenza europeo. A parte i riferimenti espressi allo sviluppo sostenibile come uno degli obiettivi generali dell'Unione Europea, bisogna notare la compatibilità delle tre componenti, ambientale, economica e sociale, nella sua ampia accezione tradizionale, con il concetto di economia sociale di mercato altamente competitiva, che postula un bilanciamento tra aspetti economici e non economici¹⁸. Inoltre, per quanto di interesse in questa sede, varie norme dei Trattati (artt. 7-11, 13, 191 TFUE) e della Carta di Nizza (art. 37) richiedono espressamente che i valori costituzionali europei, inclusi alcuni riconducibili al concetto di sviluppo sostenibile in senso lato, siano perseguiti, con approccio olistico, in tutte le politiche unionali, incluso, almeno in via di principio, il diritto della concorrenza¹⁹. In tale prospettiva costituzionale, la tutela della concorrenza non è vista come un valore in sé, quanto in funzione strumentale rispetto agli obiettivi politici generali perseguiti dall'Unione Europea, ed in particolare rispetto alla creazione del mercato unico (art. 3, par. 1, lett. b), TFUE).

¹⁶ Innanzitutto, la sostenibilità, intesa nella sua accezione ampia, comprensiva di ambiente, economia e società, emerge come un principio generale dell'Unione Europea negli artt. 2 e 3 TUE. La sostenibilità sociale in particolare, relativa, tra l'altro, al rispetto dei diritti umani e alla dignità e non discriminazione, è connaturata al fondamento democratico dell'Unione Europea, fissato all'art. 2 TUE, e al ruolo della democrazia partecipativa valorizzato nell'art. 11 TUE. Inoltre, l'art. 3, paragrafo 3, TUE, rafforza gli obiettivi di sviluppo sostenibile collegandoli esplicitamente alla istituzione del mercato interno.

¹⁷ L'adozione di un'agenda di sviluppo sostenibile da parte delle istituzioni europee può infatti essere ricondotta alla Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo COM/2005/0218 (*Progetto di dichiarazione sui principi guida dello sviluppo sostenibile*). Essa ravvisa nello sviluppo sostenibile un principio fondamentale sotteso a tutte le politiche europee, e delinea una serie di obiettivi chiave e di principi guida che riecheggiano il significato tripartito tradizionalmente attribuito alla sostenibilità nel contesto internazionale. Tale approccio si riflette anche sul piano europeo per l'attuazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile di cui alla c.d. Agenda 2030, nella Comunicazione della Commissione COM(2019) 640 final, nota come *Green Deal* europeo, e nel Regolamento (UE) 2020/852, noto come Regolamento sulla tassonomia.

¹⁸ Tra gli altri v. pure M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2014.

¹⁹ In questa sede si è fatto riferimento generico ad alcune tra le numerose norme dei Trattati (e della Carta di Nizza) che postulano un simile approccio olistico. Va precisato che gli articoli 7 TFUE e 37 Carta di Nizza, entrambi relativi alla sola tutela ambientale, esprimono un vero e proprio principio di integrazione in senso tecnico della medesima in seno alle politiche unionali.

Nonostante tale compatibilità di fondo, la valorizzazione dei fattori legati alla sostenibilità nell'applicazione del diritto della concorrenza è ben più complessa di quanto la prospettiva costituzionale tratteggiata lascerebbe supporre²⁰. A rendere particolarmente complessa l'opera di bilanciamento tra gli assetti d'interessi rispettivamente ascrivibili alle valutazioni antitrust e agli obiettivi di sviluppo sostenibile è il concreto funzionamento delle norme in materia di concorrenza nella prassi recente. In particolare, il principale argomento contro un uso “difensivo” del diritto antitrust con riguardo alle pratiche di sostenibilità fa leva sull'incertezza giuridica che deriverebbe dalla sostituzione dello standard del *consumer welfare*, inteso in senso economico, con i vaghi parametri riconducibili alla sostenibilità ambientale, economica e sociale²¹. In seguito alla decentralizzazione del diritto antitrust operata con il Regolamento CE n. 1/2003, un approccio eminentemente economico (c.d. *more economic approach*) è stato ritenuto quello più adeguato ad assicurare uniformità e prevedibilità delle decisioni nel mercato unico²², essendo basato su parametri più o meno facilmente accertabili, come il prezzo, la qualità e l'innovatività dei prodotti a prescindere dal loro carattere sostenibile.

Al contrario, per adeguarsi agli standard valutativi imposti dal calcolo degli effetti, economici e non, ascrivibili alle pratiche di sostenibilità, le autorità e le imprese dovrebbero sviluppare nuove tecniche di valutazione antitrust, e dunque, le seconde, sostenere ulteriori ingenti costi organizzativi. Per altro verso, gli effetti sovente correlati ad un aumento degli standard di sostenibilità, quali l'aumento dei prezzi al consumo o la diminuzione della varietà dei prodotti, possono essere perseguiti all'esito dell'opera di bilanciamento di interessi rimessa al legislatore, in particolare tramite misure di incentivazione fiscale e di imposizione normativa di specifici standard di sostenibilità.

²⁰ Cfr. S. HOLMES – M. MEAGHER, *A Sustainable Future: How Can Control of Monopoly Power Play a Part? Part 2. Using Competition Law to Tackle Unsustainable Practices As Abuses of Monopoly Power*, in 44 *Eur. Comp. L. Rev.*, 2023, pp. 61, 64.

²¹ In questo senso, cfr. G. MONTI, *Four Options*, cit., p. 125; M. DERDAK, *Square Peg in a Round Hole? Sustainability as an Aim of Antitrust Law*, in 23 *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2021, pp. 39, 52; J. MALINAUSKAITE – F.B. ERDEM, *Competition Law and Sustainability in the EU: Modelling the Perspectives of National Competition Authorities*, in 61 *Journal of Common Market Studies*, 2023, pp. 1211, 1214.

²² Come osserva O. BROOK, *Struggling with Article 101(3) TFEU: Diverging Approaches of the Commission, EU Courts, and five Competition Authorities*, in 56 *Common Market Law Review*, 2019, pp. 121, 133, prima della c.d. modernizzazione del diritto antitrust, la Commissione Europea, nel valutare le esenzioni ex art. 101, paragrafo 3, TFUE, aveva talvolta richiamato considerazioni politiche ulteriori, rispetto a quelle meramente economiche, come nel caso *Metro I* (caso 26/76, *Metro c. Commissione*, UE:C:1977:167), dove la Commissione aveva promosso un'interpretazione della norma equivalente al vigente art. 101, paragrafo 3, TFUE, basata sul parametro della concorrenza “realizzabile” (*workable competition*), anziché su quello orientato alla creazione di un regime di concorrenza perfetta. L'ampiezza di tale parametro avrebbe consentito la considerazione di obiettivi anche di natura diversa dalla mera valutazione economica. Il *favor* verso il *more economic approach* sarebbe dunque servito a evitare che la decentralizzazione giustificasse l'integrazione discrezionale di interessi locali nelle valutazioni operate dalle Autorità nazionali, a scapito della certezza e prevedibilità delle decisioni.

3. Il rapporto tra sostenibilità e concorrenza nelle Linee Guida della Commissione Europea e in alcuni ordinamenti nazionali

L'assenza di un quadro normativo unitario, e la progressiva diffusione di atti di *hard* e di *soft law* in seno a vari Stati membri, volti a disciplinare la rilevanza concorrenziale delle pratiche di sostenibilità, ed in particolare di quelle attuate nella forma di accordi tra imprese, avrebbero inoltre determinato una situazione di potenziale frammentazione applicativa e di incertezza giuridica, che avrebbe altresì rappresentato terreno fertile per la proliferazione di pratiche di mero *greenwashing*²³. Proprio per garantire un'uniformità applicativa residuale, nel 2023 la Commissione Europea ha provveduto, come già accennato, alla revisione delle proprie Linee guida sugli accordi di cooperazione orizzontale, introducendo un'apposita sezione dedicata agli accordi di sostenibilità.

Tra le due posizioni sopra analizzate, quella a favore, che fa leva soprattutto su argomenti di ordine sistematico, e quella contraria, che argomenta l'incompatibilità dei vaghi concetti di sostenibilità con la prassi applicativa dell'antitrust, con la revisione delle Linee guida la Commissione Europea ha adottato una posizione mediana, che tenta di collocare la considerazione della sostenibilità all'interno del paradigma del *consumer welfare*. In particolare, le Linee guida, ai §§ 571 ss., introducono la distinzione tra i concetti alternativi di *benefici individuali legati all'uso*, di *benefici individuali non legati all'uso* e di *benefici collettivi*, che sono quelli utilizzabili ai fini dell'eventuale compensazione degli effetti anticoncorrenziali generati dagli accordi di sostenibilità e per la relativa esenzione *ex art. 101*, paragrafo 3, TFUE²⁴.

Il concetto di benefici individuali legati all'uso (§§ 571-574) si riferisce all'utilità che il consumatore ricava direttamente dall'uso di prodotti o servizi sostenibili, in termini di migliore qualità, maggiore varietà, costi inferiori (anche di acquisto) o risparmi, ad esempio energetici. Il concetto di benefici individuali non legati all'uso (§§ 575-581) si colloca invece su un piano diverso: non dipende da una performance "funzionale" superiore del bene, bensì dalla valenza di sostenibilità in quanto tale, che può generare per il consumatore un'utilità (morale, reputazionale, di preferenza etica) misurabile, in concreto, attraverso la sua disponibilità a pagare un sovrapprezzo. È il caso, ad esempio, dell'acquisto di un prodotto biologico o realizzato con materiale riciclato non perché "funziona meglio" o "è più buono", ma perché il consumatore attribuisce valore al minor impatto ambientale. In questa categoria l'elemento decisivo non è l'eventuale beneficio per terzi, bensì il fatto che il vantaggio rilevante ai fini antitrust resta interno allo stesso gruppo di consumatori (in quanto incorporato nelle loro preferenze e nella loro disponibilità a pagare). Il concetto di benefici collettivi (§§ 582-589) attiene, infine, alle esternalità positive generate dall'accordo a vantaggio della collettività (o di una platea più ampia rispetto agli acquirenti del prodotto), come la riduzione delle

²³ Cfr. G. MONTI, *Four Options*, cit., p. 127.

²⁴ Cfr. R. INDERST – S. THOMAS, *Legal Design in Sustainable Antitrust*, in 19 *J. Comp. L. Ec.*, 2023, pp. 556, 557.

emissioni, l'incremento della biodiversità o il miglioramento della qualità dell'aria. Tali benefici possono essere considerati nel giudizio di esenzione solo nella misura in cui ricadano anche sui consumatori che subiscono gli effetti restrittivi dell'accordo, contribuendo a compensarli per il pregiudizio concorrenziale. Prima dell'intervento della Commissione, vari Stati membri avevano già disciplinato il rapporto tra sostenibilità e concorrenza²⁵, essenzialmente con riguardo alle fattispecie equivalenti alle intese restrittive della concorrenza di cui all'art. 101 TFUE. La particolare attenzione rivolta alle pratiche di sostenibilità multilaterali si spiega alla luce dell'esigenza delle imprese di compensare, appunto tramite la conclusione di intese, il c.d. *first mover disadvantage*, ossia il disincentivo, per un'impresa individualmente considerata, al miglioramento dei propri standard di sostenibilità. Innanzitutto, esso deriva dallo svantaggio competitivo derivante dal rischio che i consumatori, a dispetto delle preferenze manifestate per scelte di acquisto sostenibili²⁶, non si mostrino effettivamente disponibili a rinunciare a un risparmio di spese in luogo di un beneficio, quello legato alla sostenibilità, di carattere futuro e incerto²⁷. Inoltre, il *first mover* subirebbe un ulteriore svantaggio competitivo laddove i suoi concorrenti, in un secondo momento, decidessero di accedere al mercato "sostenibile" agganciandosi opportunisticamente agli investimenti da lui già effettuati per promuovere la propria offerta sostenibile²⁸.

La necessità per le imprese di rimediare a tali problemi di azione collettiva e, nella prospettiva delle Autorità garanti, la minore soglia di rilevanza delle intese rispetto agli abusi di posizione dominante²⁹, hanno appunto determinato la diffusione di atti di *soft law* volti a fornire maggiore chiarezza riguardo alla legittimità dei c.d. accordi di sostenibilità, consentendo alle imprese che vi si siano attenute di sottrarsi al rischio di sanzioni antitrust³⁰.

²⁵ Per alcune tra le molte rassegne comparatistiche disponibili in letteratura, si v. J. MALINAUSKAITE, *Competition Law and Sustainability: RU and National Perspectives*, in 13 *J. Eur. Comp. L. Pr.*, 2022, pp. 336, 343 ss.; A. BURNSIDE – M. DE BACKER – D. STROHL, *Competition law and sustainability: Where have we reached? An analysis of decisional practice by national competition authorities*, in 10 *Concurrences*, 2023, p. 2023.

²⁶ Cfr. K. WHITE – D.J. HARDISTY – R. HABIB, *The Elusive Green Consumer*, in *Harvard Business Review*, July-August 2019.

²⁷ Ciò è espressamente menzionato, ad esempio, nelle Linee guida emanate in materia dall'Autorità garante della concorrenza britannica: cfr. COMPETITION & MARKETS AUTHORITY, *Green Agreements Guidance: Guidance on the Application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreements*, 2023, §1.8, p. 185.

²⁸ G. MONTI – J. MULDER, *Escaping the Clutches of EU Competition Law: Pathways to Assess Private Sustainability Initiatives*, in 42 *Eur. L. Rev.*, 2017, pp. 635, 644.

²⁹ S.M. COLINO, *Antitrust's Environmental Footprint: Redefining the Boundaries of Green Antitrust*, in *The Chinese University of Hong Kong Research Paper* 2024-01, p. 3.

³⁰ Tale politica delle porte aperte è stata praticata tra le altre dalle Autorità olandese, austriaca e greca, per le quali cfr. rispettivamente AUTORITEIT CONSUMENT & MARKT, *ACM's Oversight of Sustainability Agreements*, Case n. ACM/23/182143 documento no. ACM/UIT/596876, 4 ottobre 2023 (traduzione inglese non ufficiale), §§ 30, 39-40; BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE, *Guidelines on the Application of Sec. 2 para. 1 Cartel Act to Sustainability Cooperations (Sustainability Guidelines)*, 2022, §§ 31-40. Quanto all'Autorità greca (*Hellenic Competition Commission*), questa ha sviluppato una sofisticata piattaforma (*Sustainable Development Sandbox*) dove le imprese possono testare la legittimità delle proprie iniziative di sostenibilità: cfr. il sito della [Commissione ellenica per la concorrenza](#).

Senza ripercorrere nel dettaglio le singole esperienze nazionali, da queste, oltre che dalle Linee guida europee, emergono tre elementi variabili in base ai quali è possibile distinguere le potenziali linee di intervento relative al ruolo della sostenibilità nell'applicazione del diritto della concorrenza. Si tratta: 1) della fonte che considera gli elementi di sostenibilità nel diritto della concorrenza; 2) del concetto di sostenibilità adottato; 3) dell'ampiezza degli effetti di sostenibilità considerati nella valutazione antitrust. Sotto il primo profilo, il quadro comparato mostra un'evoluzione a due velocità. In alcuni ordinamenti (come l'Unione Europea, i Paesi Bassi, la Francia e il Portogallo) l'intervento pubblico si è concentrato soprattutto su strumenti di *soft law*, con la pubblicazione di Linee guida da parte delle rispettive Autorità garanti della concorrenza. In altri, come l'Austria e la Grecia ³¹, il tema è stato affrontato anche tramite interventi di riforma delle rispettive leggi nazionali in materia di concorrenza. A ciò va aggiunto che la stessa Unione, accanto alle proprie linee guida, ha introdotto anche una disciplina normativa settoriale che incide direttamente sul rapporto tra sostenibilità e concorrenza: in particolare, l'art. 210 bis del Regolamento (UE) n. 1308/2013, applicabile al solo settore agricolo, prevede una deroga specifica per taluni accordi di sostenibilità.

Se gli atti di *soft law* aumentano senza dubbio la trasparenza e la certezza applicativa sulla rilevanza concorrenziale delle pratiche di sostenibilità, questi, essendo privi di forza cogente, vincolano solo le Autorità che li abbiano emessi, non anche gli organi giurisdizionali o le altre autorità competenti, in ossequio ai principi di legittimo affidamento e di buona amministrazione ³². Peraltro, la proliferazione di concorrenti atti di *soft* e di *hard law* a livello europeo e nazionale può comportare alti costi di *compliance* e incertezza sulle linee guida applicabili, oltre a maggiori probabilità di incorrere in loro errate interpretazioni: senza considerare che le disposizioni di *soft law* in tema di esenzioni dal divieto di intese restrittive, a differenza delle corrispondenti previsioni normative ³³, non sono applicabili per analogia anche alle altre fattispecie antitrust. Cionondimeno, esse sono uno strumento più flessibile della legislazione ordinaria e, di fatto, potrebbero comunque fornire un parametro di conformità alla disciplina antitrust anche per le altre condotte potenzialmente anticoncorrenziali.

³¹ Cfr., per l'Austria, il § 2, *Absatz* 1, *KaWeRÄG*, e, per la Grecia, l'art. 37A(2), l.n. 3959/2011, introdotto con legge n. 4886 del 2022.

³² Si veda la causa C-111/63 *Lemmerz-Werke c. l'Alta Autorità della CECA* [1965] EU:C:1965:76, para, dove il concetto di protezione delle legittime aspettative è stato per la prima volta esplicitamente enunciato: si veda E. SHARPSTON, *European Community Law and the Doctrine of Legitimate Expectations: How Legitimate, and for Whom* (1990) 11 *Northwestern Journal of International Law & Business*, p. 87.

³³ A parte la tendenziale corrispondenza letterale tra le ipotesi di esenzione previste in relazione ai vari divieti antitrust, la stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha recentemente rilevato la necessità di un'interpretazione e applicazione coerente dei meccanismi di deroga quanto meno ai divieti di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante, che non può essere assicurata da atti di *soft law*: cfr. C.G.U.E., Causa C-333/21, sentenza del 21 dicembre 2023, *European Superleague Company*; C.G.U.E., Causa C-124/21, sentenza del 21 dicembre 2023, *International Skating Union*.

In secondo luogo, la nozione di sostenibilità adottata nelle discipline nazionali sugli accordi di sostenibilità varia dall'ampissimo concetto di interesse pubblico, richiamato nella legge greca sulla concorrenza ³⁴, al più comune concetto tradizionalmente in uso in ambito internazionale, e corrispondente alla triade della sostenibilità ambientale, economica e sociale, adottato nell'Unione Europea ³⁵, in Francia ³⁶, in Portogallo ³⁷ e nei Paesi Bassi ³⁸, fino ad un concetto di sostenibilità limitato alla tutela ambientale, adoperato in Austria ³⁹(e nel Regno Unito⁴⁰).

Il terzo fattore di confronto consiste nel tipo di benefici di sostenibilità che possono essere considerati nella valutazione competitiva per compensare gli effetti anticoncorrenziali. Sebbene tutti gli ordinamenti considerati riconoscano che sia gli individui sia il pubblico in generale possono trarre beneficio dalle pratiche sostenibili, la maggior parte di essi esclude o circoscrive in modo significativo la rilevanza dei benefici ambientali collettivi nella valutazione antitrust ⁴¹.

Le Linee guida della Commissione Europea richiedono, ai fini dell'esenzione dal divieto *ex art.* 101 TFUE degli accordi di sostenibilità con effetti restrittivi, che le stesse abbiano almeno un effetto complessivamente neutrale sui consumatori del mercato rilevante. Allo stesso parametro fanno riferimento anche le Linee guida olandesi, francesi e portoghesi ⁴². Ne discende che le efficienze di sostenibilità devono riversarsi, almeno in parte, sugli stessi consumatori direttamente incisi dall'accordo,

³⁴ La citata riforma del 2022 ha infatti introdotto una specifica ipotesi di esenzione, all'art. 37A(2), l.n. 3959/2011, potenzialmente applicabile alle pratiche di mercato sia unilaterali sia collettive, e giustificata non solo dal perseguimento degli obiettivi di sostenibilità ambientale, economica e sociale, bensì, più in generale, da qualsiasi motivo di «interesse pubblico».

³⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Linee guida*, cit., § 517. A margine, è indicativo che la Commissione, nella bozza di Linee direttrici sugli abusi escludenti *ex art.* 102 TFUE, richiami la sostenibilità solo in modo meramente incidentale: al di là di un riferimento programmatico allo «sviluppo sostenibile», essa compare sostanzialmente in una nota dedicata alla nozione ampia di «qualità» (intesa come comprensiva, tra l'altro, di sostenibilità, uso efficiente delle risorse e durabilità), senza però tradursi in una definizione operativa o in criteri di valutazione specifici nel corpo dell'analisi *ex art.* 102 TFUE. Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione - Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione della concorrenza*, bozza del 1° agosto 2024.

³⁶ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Notice on informal guidance from the Autorité in the area of sustainability*, 27 maggio 2024, § 1 (traduzione inglese non ufficiale).

³⁷ AUTORIDADE DA CONCORRENCIA, *Best Practices on Sustainability Agreements*, 2024, p. 3.

³⁸ AUTORITEIT CONSUMENT & MARKT, *ACM's Oversight*, cit., §§ 19-20.

³⁹ Cfr. § 2, *Abs.* 1, *KaWeRäG*.

⁴⁰ COMPETITION MARKET AUTHORITY, *Green Agreements Guidance: Guidance on the Application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreements*, 2023, § 5.5.

⁴¹ Già le Linee guida sugli accordi di cooperazione orizzontale del 2001 consideravano i benefici ambientali sia individuali sia collettivi, ammettendo che i secondi potessero compensare gli effetti negativi sui consumatori interessati: cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Linee guida sull'applicabilità dell'articolo 81 del Trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale*, 2001, GU C 3/2, §§ 193-194.

⁴² In particolare, l'*Autoridade da Concorrência* portoghese, nelle sue *best practices* sugli accordi di sostenibilità del 2024, sostiene un'interpretazione restrittiva del concetto di consumatore rilevante, escludendo che i benefici per i consumatori fuori dal mercato rilevante possano compensare i danni ai consumatori del mercato rilevante. Si veda AUTORIDADE DA CONCORRENCIA, *Best Practices*, cit., § 21.

così da compensare il pregiudizio anticoncorrenziale subito.⁴³ In questa cornice, i benefici individuali (legati al valore d'uso o non legati al valore d'uso) sono, in linea di principio, sempre astrattamente idonei a svolgere la funzione compensativa; al contrario, i benefici collettivi “oltre-mercato” rilevano, ai fini del giudizio di esenzione, solo se possono essere ricondotti al medesimo gruppo di consumatori (ad esempio perché la riduzione del danno ambientale si traduce in un vantaggio apprezzabile anche per quegli stessi consumatori)⁴⁴. Proprio qui emerge però un corollario cruciale: poiché i benefici ambientali sono tipicamente diffusi, intertemporali e spesso goduti da soggetti diversi dai consumatori diretti (o da una platea più ampia della domanda nel mercato rilevante), l'impostazione del “saldo neutro” rischia, nella pratica, di rendere quasi sistematicamente irrilevanti i benefici collettivi nell'analisi antitrust, salvo un onere probatorio particolarmente gravoso di “riconduzione” al gruppo di consumatori incisi. Questa scelta può essere difesa come coerente con una lettura restrittiva della nozione di “utilizzatori” che devono ricevere «una congrua parte dell'utile», e con l'idea che l'art. 101, par. 3, TFUE, non debba trasformare l'antitrust in una sede di decisioni redistributive o di supplenza regolatoria. Dal punto di vista della sostenibilità, tuttavia, l'impostazione è discutibile: subordinare la compatibilità dell'accordo alla necessaria compensazione dei consumatori diretti significa, di fatto, condizionare la liceità di intese che internalizzano esternalità (e che talvolta colmano deficit di coordinamento o di regolazione) all'assenza di sacrifici proprio in capo ai soggetti le cui scelte di consumo hanno contribuito al danno ambientale. La questione di fondo diventa allora se sia normativamente sensato che, ai fini dell'art. 101 TFUE, siano destinati all'irrelevanza tutti i benefici di sostenibilità non “catturabili” dal perimetro del mercato e del gruppo di consumatori direttamente interessato, oppure se e a quali condizioni l'analisi debba ammettere una considerazione più ampia dei benefici collettivi senza snaturare la logica e le cautele dell'art. 101, par. 3⁴⁵.

⁴³ COMMISSIONE EUROPEA, *Linee guida*, cit. § 569.

⁴⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Linee guida*, cit. § 583.

⁴⁵ Nel perimetro della politica agricola comune (PAC) l'Unione ha scelto un'impostazione di segno opposto rispetto alla logica “consumer pass-on” tipica dell'art. 101, par. 3, TFUE. Con la riforma PAC, infatti, il Regolamento (UE) n. 1308/2013 è stato integrato con una deroga settoriale ad hoc per gli accordi di sostenibilità: l'art. 210 bis esclude dall'applicazione dell'art. 101 TFUE talune intese tra produttori agricoli (e, in certi casi, lungo la filiera) quando le restrizioni concorrenziali siano indispensabili per conseguire standard di sostenibilità superiori a quelli imposti dalla normativa UE o nazionale. La ratio è chiaramente politico-istituzionale: nel settore agricolo, storicamente caratterizzato da un rapporto peculiare con le regole di concorrenza, il legislatore ha privilegiato un meccanismo che facilita la coordinazione collettiva per internalizzare esternalità ambientali e perseguire gli obiettivi della PAC (art. 39 TFUE), senza ancorare il giudizio di compatibilità al requisito, spesso impraticabile, della compensazione dei consumatori diretti nel mercato rilevante. Non a caso, la Commissione, negli orientamenti ad hoc adottati a dicembre 2023, chiarisce il funzionamento della deroga e gli strumenti di certezza giuridica (incluso un sistema di “opinioni” su richiesta degli operatori). Resta comunque un presidio ex post: le autorità nazionali possono intervenire se la concorrenza risulta, in concreto, esclusa o se risultano compromessi gli obiettivi della PAC. Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione - Orientamenti della Commissione sull'esclusione dall'applicazione dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea per gli accordi di sostenibilità dei produttori agricoli a norma dell'articolo 210 bis del regolamento (UE) 1308/2013 (C/2023/1446)*, 2023.

Tra gli ordinamenti nazionali, con riguardo alla terza variabile considerata, sono di particolare interesse le Linee guida dell’Autorità austriaca (*Bundeswettbewerbbehörde, BWB*), le quali, nonostante la ristretta nozione di sostenibilità accolta in via normativa, riferita alla sola dimensione ambientale, accolgono un’interpretazione ampia, estesa anche oltre il mercato rilevante, degli incrementi di efficienza utilizzabili ai fini dell’esenzione degli accordi di sostenibilità che sarebbero altrimenti qualificabili come anticoncorrenziali⁴⁶. In particolare, esse ammettono che gli incrementi di efficienza derivanti dai benefici ecologici possano essere raggiunti anche su mercati diversi da quello interessato dalla restrizione concorrenziale. In altre parole, i benefici ecologici collettivi possono assumere rilievo ai fini dell’esenzione anche se non rivolti direttamente al pubblico austriaco, riconoscendo quindi rilievo a benefici ambientali diffusi e, in ipotesi, transfrontalieri. Ciò è realizzato mediante il meccanismo presuntivo di cui al § 2, *Abs. 1, KaWeRäG*, che presuppone che i consumatori del mercato rilevante, ossia quello austriaco, ricevano sempre una congrua parte dei guadagni di efficienza derivanti dai benefici ambientali collettivi⁴⁷.

L’analisi comparata conferma la varietà di approcci e l’assenza di un quadro europeo unitario che assicurerebbe maggiore coerenza nell’applicazione dell’antitrust sul mercato unico. Allo stato attuale, le imprese intenzionate ad intraprendere pratiche di sostenibilità scontano un certo grado di frammentazione normativa, suscettibile di tradursi in accertamenti antitrust tra loro divergenti. In assenza di un unico standard di accertamento, infatti, le imprese non possono fare affidamento su un *level playing field* sul quale programmare strategie di respiro europeo, senza doversi cioè preoccupare di osservare gli standard applicabili nei vari Stati membri.

Come noto, la determinazione del diritto antitrust applicabile dipende dal criterio del commercio transfrontaliero di cui all’art. 3, paragrafo 1, Regolamento CE n. 1/2003. Quando una pratica di sostenibilità è genuinamente locale, ossia incide solo su un mercato nazionale (o su una sua parte) e non è idonea ad incidere, neppure potenzialmente, sugli scambi tra Stati membri, l’applicazione resta confinata al diritto della concorrenza nazionale. In questo segmento “domestico”, la varietà delle scelte normative

⁴⁶ BWB, *Guidelines on the application of Section 2 para 1 of the Austrian Cartel Act to Sustainability Agreements*, 2022, § 75.

⁴⁷ La soluzione austriaca pone però un nodo sistematico: la presunzione di godimento dei benefici collettivi è compatibile con l’art. 101, par. 3, TFUE solo se non ne elude il requisito, ossia se gli utilizzatori ricevono effettivamente una congrua parte dell’utile. In particolare, quando l’accordo è idoneo a incidere sugli scambi tra Stati membri, prevale il diritto UE e l’interpretazione nazionale non può condurre, tramite standard più permissivi, a esiti sostanzialmente divergenti dal test unionale; una finzione legale che presume ex lege la compensazione rischia quindi di configurarsi come deroga sostanziale difficilmente conciliabile con la convergenza del Reg. 1/2003. Ne consegue che la presunzione va letta, al più, come scorciatoia probatoria/criterio di imputazione dei benefici ambientali agli utilizzatori (anche in chiave dinamica), non come sospensione della logica compensativa. Non a caso, le Linee guida austriache limitano l’esenzione ai casi privi di “internazionalità” e precisano che, se tale criterio ricorre, l’analisi deve svolgersi primariamente ai sensi dell’art. 101, par. 3, TFUE, incluso il fair share. L’interesse dell’esperienza austriaca sta dunque nel tentativo di rendere operativi i benefici collettivi riducendo l’atrito probatorio, più che nel “superare” il requisito unionale; cfr. B. ZELGER, *The New Sustainability Exemption According to § 2(1) KartG (KaWeRÄG 2021) and its relationship with Article 101 TFEU – European Spearhead or Born to Fail?* (2022) 18 *European Competition Journal*, p. 514.

e delle prassi amministrative può tradursi in esiti differenti: taluni ordinamenti privilegiano una nozione ampia e tripartita di sostenibilità e sviluppano criteri applicativi più “inclusivi”, mentre altri circoscrivono l’attenzione agli accordi strettamente ambientali o impongono filtri probatori più stringenti. Data la natura di *soft law* delle Linee guida sugli accordi di cooperazione orizzontali del 2023, che vincolano solo la Commissione Europea, le difformità applicative a livello nazionale sarebbero inevitabili in assenza di meccanismi di cooperazione internazionale tra le Autorità nazionali garanti della concorrenza rientranti nella Rete europea della concorrenza⁴⁸. Ad esempio, un’intesa migliorativa del benessere degli animali tramite l’adozione di standard minimi comuni lungo la filiera, in un contesto puramente nazionale, potrebbe ipoteticamente beneficiare dell’esenzione in Olanda, che adotta il classico concetto ampio e tripartito di sostenibilità, ma non in Austria, che considera solo gli accordi ambientali. Viceversa, un accordo con profili di rilevanza ambientale che determini un aumento dei prezzi ma abbia benefici collettivi di lungo termine, potrebbe essere esentato ai sensi del § 2, *Abs. 1, KalWeRäG*, ma è meno probabile che possa beneficiare dell’esenzione ai sensi del diritto olandese, che richiede che l’effetto di sostenibilità interessi gli stessi consumatori pregiudicati dalla restrizione della concorrenza.

Diverso è il caso, verosimile nelle iniziative di sostenibilità di filiera o di interi settori economici, di pratiche replicate o coordinate in più Stati membri, o comunque idonee a influire su flussi commerciali, approvvigionamenti, scelte di localizzazione o condizioni di accesso ai mercati nazionali. In tali circostanze è, di regola, difficile sostenere che si tratti di condotte di mera importanza locale con la conseguente rilevanza del diritto della concorrenza europeo e, dunque, nella competenza della Commissione Europea, le cui iniziative assorbono anche quelle eventualmente avviate dalle Autorità nazionali ai sensi dell’articolo 11, § 6, Regolamento CE n. 1/2003. In alternativa, le Autorità o i tribunali ordinari nazionali applicano il diritto della concorrenza europeo in parallelo alle leggi nazionali sulla concorrenza, laddove, in base alle regole di convergenza fissate dall’art. 3, § 2, Regolamento CE n. 1/2003, le leggi nazionali in materia di concorrenza non possono discostarsi né *in peius* né *in melius* dall’art. 101 TFUE, mentre possono essere più rigide dell’art. 102 TFUE. Tuttavia, ciò non significa che ogni rischio di divergenza scompaia. Nei casi di applicazione parallela, i particolarismi nazionali e profili di interpretazione incerta del diritto della concorrenza UE possono portare a delle variazioni nella valutazione caso per caso delle pratiche sostenibili. In difetto di prassi consolidate e di riferimenti giurisprudenziali sufficienti, la discrezionalità interpretativa e amministrativa a livello nazionale potrebbe dunque comportare conseguenze protezionistiche o un difetto di indipendenza delle Autorità nazionali⁴⁹.

⁴⁸ V. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione sulla cooperazione all’interno della Rete delle autorità garanti della concorrenza*, 2004.

⁴⁹ E. LECCHI, *Sustainability in EU Merger Control*, cit., p. 71.

Data la natura decentralizzata nell'applicazione del diritto della concorrenza europeo in seguito alla sua c.d. modernizzazione⁵⁰, sarebbe importante garantire un'interpretazione uniforme del concetto di sostenibilità adoperato nel rapporto con la concorrenza⁵¹. In questa direzione si colloca anche la direttiva ECN+ (Dir. (UE) 2019/1)⁵², che mira a ridurre gli *enforcement gaps* del modello decentrato, rafforzando l'assetto istituzionale e operativo delle autorità nazionali, rendendole più indipendenti, dotandole di poteri istruttori e sanzionatori adeguati e più coordinate nell'ambito della Rete europea della concorrenza, così da avvicinare le condizioni di applicazione effettiva e uniforme degli artt. 101 e 102 TFUE nei diversi ordinamenti. Tuttavia, la direttiva ECN+ armonizza soprattutto capacità e strumenti di enforcement, non sostituisce un parametro sostanziale comune sulla qualificazione delle efficienze, né i benefici di sostenibilità. Ne consegue che, pur attenuando la frammentazione delle dotazioni e delle prassi applicative, la direttiva ECN+ non elimina di per sé l'incertezza generata da definizioni e test nazionali variabili sul piano sostanziale.

Per alcuni, un approccio più efficace, in luogo dell'adozione di atti di *soft law*, consisterebbe nell'emanazione di Regolamenti di esenzione per categoria sulla sostenibilità⁵³. In effetti, tale approccio è stato seguito solo in parte in via settoriale, con l'adozione del Regolamento di esenzione in materia di accordi di sostenibilità in agricoltura⁵⁴, laddove, a differenza degli atti di *soft law*, i regolamenti di esenzione per categoria sono vincolanti per le Autorità e gli organi giurisdizionali nazionali, fornendo un quadro normativo più certo in materia di accordi di sostenibilità. In sintesi, con l'esclusione degli accordi rientranti in tale categoria, il principale strumento con cui le imprese potranno seguire a impegnarsi in iniziative di sostenibilità sarà l'interlocuzione diretta con la Commissione Europea, come attestato dalle recenti *guidance letters* pubblicate su istanza di alcune imprese nei settori delle infrastrutture portuali e dell'industria automobilistica, intenzionate a concludere accordi connotati da caratteri di sostenibilità⁵⁵.

⁵⁰ Dal 2004, le disposizioni europee in materia di concorrenza vengono applicate in un sistema di *governance* multilivello da parte della Commissione e della Rete di autorità nazionali per la concorrenza: si veda il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio sull'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE.

⁵¹ Sottolinea correttamente tale necessità O. BROOK, *Struggling with Article 101(3) TFEU*, cit., 138 ss.

⁵² Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno GU (2019) L 11/3, cfr. C. POTOČNIK-MANZOURI, *The ECN+ Directive: An Example for Decentralised Cooperation to Enforce Competition Law* (2021) 6 *European Papers*, p. 987.

⁵³ In questo senso, si veda M. GASSLER, *Sustainability, the Green Deal and Art. 101 TFEU*, cit., 440 ss.

⁵⁴ Cfr. l'art. 210-*bis*, Regolamento (UE) n. 1308/2013, introdotto con Regolamento (UE) n. 2022/2472.

⁵⁵ Cfr. i comunicati stampa sul sito della Commissione Europea del 9 luglio 2025 ([Commission provides guidance on sustainability agreement to reduce CO2 in European ports](#) e [Commission provides guidance on the creation of a licensing negotiation group in the automotive sector for the licensing of standard essential patents](#)).

4. Conclusioni

In conclusione, sebbene il diritto primario dell'Unione offra argomenti letterali e sistematici a favore dell'integrazione della sostenibilità nell'interpretazione delle norme antitrust, il diritto della concorrenza non appare lo strumento primario per realizzare obiettivi di sviluppo sostenibile. La ragione è operativa prima ancora che assiologica. Il calcolo degli effetti, economici e non economici, di processi o risultati sostenibili di lungo termine, è invero più complesso della prova degli effetti sul prezzo o sulla produzione. Quanto più il processo o l'esito della sostenibilità è lontano da un risultato direttamente apprezzabile sul mercato rilevante (ad esempio, nella fase di ricerca ovvero in quella di commercializzazione), tanto più difficile è collocare una pratica sostenibile nell'ambito di una valutazione antitrust. La frizione è particolarmente evidente con riferimento ai benefici collettivi: la loro rilevanza resta, in ultima analisi, condizionata al requisito della "congrua parte" per gli utilizzatori (art. 101, par. 3, TFUE), il che tende a rendere difficilmente valutabili le esternalità positive che non ricadono sul medesimo gruppo di consumatori inciso dalla restrizione. Ne deriva un rischio di sotto-inclusione sistematica dei benefici collettivi nell'analisi ex art. 101, par. 3, salvo che essi possano essere imputati, con sufficiente robustezza, agli stessi utilizzatori incisi dalla restrizione. Le Autorità garanti, peraltro, non si trovano nella posizione ideale per una simile valutazione rispetto alle Autorità specializzate in questioni di sostenibilità, come le autorità per la tutela dell'ambiente, della salute o dell'occupazione.

In questo quadro, il diritto della concorrenza europeo può, entro certi limiti, agevolare iniziative di sostenibilità anche in una logica servente rispetto a obiettivi di politica industriale. Emblematica è l'esigenza della filiera automobilistica europea di adattarsi rapidamente alle innovazioni nella produzione di veicoli elettrici che può rendere opportuno un approccio applicativo pragmatico, che favorisca, senza indulgere a formalismi, la cooperazione tra imprese europee e, ove del caso, l'emersione di campioni in grado di competere su scala globale, purché i coordinamenti restino genuinamente orientati a standard sostenibili e non si traducano in restrizioni ingiustificate ad adattarsi velocemente alle più recenti innovazioni nella produzione di veicoli elettrici. Nella prassi, tuttavia, tale adattamento avviene meno attraverso eccezioni di principio e più attraverso strumenti operativi di certezza giuridica, in particolare l'autovalutazione alla luce delle Linee guida 2023 e, nei casi nuovi o complessi, l'interlocazione mirata con la Commissione mediante lettere di *informal guidance*, come attestano i casi recenti nei settori delle infrastrutture portuali e dell'industria automobilistica.

Il confronto comparato conferma, tuttavia, la persistenza di approcci nazionali eterogenei lungo tre variabili chiave: la fonte (*soft law* vs *hard law*), la definizione di sostenibilità (dalla triade ambientale-economica-sociale a nozioni ristrette solo ambientali o molto vaghe "di interesse pubblico") e l'ampiezza dei benefici compensabili, con soluzioni talora più inclusive dei benefici collettivi anche oltre il mercato

rilevante. In un sistema di *enforcement* decentrato, tali differenze possono tradursi in divergenze applicative e in costi di compliance elevati per iniziative di filiera o replicate in più Stati membri. In questa direzione si colloca anche la direttiva ECN+ (Dir. (UE) 2019/1), che rafforza indipendenza, risorse e poteri delle autorità nazionali e intensifica la cooperazione nell'ECN, attenuando gli *enforcement gaps* del modello decentrato. Tuttavia, essa armonizza soprattutto capacità e strumenti di enforcement, senza introdurre un parametro sostanziale comune per la qualificazione dei benefici di sostenibilità: pertanto, non elimina di per sé l'incertezza prodotta da definizioni e test che possono restare, nelle aree grigie, variabili nella prassi nazionale. Infatti, sebbene le Linee guida della Commissione Europea mirino a fornire condizioni di parità, la loro natura non vincolante non garantisce necessariamente un approccio armonizzato da parte degli Stati membri, con conseguente incertezza giuridica e aumento dei costi di *compliance*. Per questo, il ricorso a strumenti vincolanti, come discipline settoriali o regolamenti d'esenzione, capaci di imporre standard omogenei per tutto il mercato unico, come già avvenuto per il settore agricolo, offrirebbe maggiore certezza giuridica. In mancanza, la combinazione di *soft law* e applicazione decentrata rischia di tradursi in una frammentazione applicativa (più che normativa) che accresce il costo dell'autovalutazione e incentiva comportamenti di eccessiva prudenza o, all'opposto, forum shopping regolatorio.

Il presente scritto pone le basi per una più estesa analisi del ruolo della sostenibilità nell'applicazione delle fattispecie tradizionali del diritto della concorrenza europeo, considerando anche che il dibattito e la prassi in materia si sono concentrati principalmente sulle intese *ex art. 101 TFUE*. Resta infatti ancora meno sviluppata un'integrazione "operativa" della sostenibilità nelle altre aree (in particolare l'*art. 102 TFUE*), dove essa compare finora in modo soprattutto incidentale nelle iniziative di *guidance*. Infatti, come già accennato, la sostenibilità, intesa sia come processo di miglioramento della gestione delle risorse nel lungo termine, sia come strumento finalizzato ad aumentare la qualità dei prodotti e dei servizi, può essere esaminata in base a ciascuna disposizione del diritto della concorrenza. Da un lato, i processi sostenibili sono costituiti da attività complesse, come la ricerca e lo sviluppo di tecnologie più ecologiche, il riciclaggio, l'utilizzo di energie rinnovabili o la riduzione dell'inquinamento, che possono essere attività economiche con un impatto concorrenziale ambivalente sul mercato rilevante. D'altra parte, la qualità dei prodotti o servizi sostenibili, come, ad esempio, la biodegradabilità dei materiali o l'efficienza energetica degli elettrodomestici, rientra in ogni caso tra i parametri concorrenziali sui quali definire il mercato rilevante, accertare il danno anticoncorrenziale e apprestare rimedi idonei. In questa prospettiva, la sostenibilità rileva non solo come efficienza da ponderare nell'*art. 101, par. 3*, ma anche come parametro competitivo utile a strutturare la definizione del mercato, le teorie del danno e la selezione di rimedi proporzionati.