

RIVISTA QUADRIMESTRALE
DI
DIRITTO DELL'AMBIENTE

NUMERO 3 - 2023

FRANCESCO DE LEONARDIS

*Concorrenza e ambiente: “conflitto” o “concorso”? Alcune riflessioni sui
sustainability agreements di cui all’art. 101, par. 3 TFUE*



ISSN 2239-964X

FRANCESCO DE LEONARDIS*

Concorrenza e ambiente: “conflitto” o “concorso”? Alcune riflessioni sui sustainability agreements di cui all’art. 101, par. 3 TFUE**

SOMMARIO: 1. *Le interazioni tra tutela della concorrenza e tutela dell’ambiente.* – 2. *Il principio di concorrenza nel TUA.* – 3. *Il principio di concorrenza e la privativa nella raccolta dei rifiuti.* – 4. *Il principio di concorrenza e i sistemi di EPR.* – 5. *Il “miglioramento” della produzione in senso ambientale.* – 6. *Il diritto europeo della produzione sostenibile.*

1. *Le interazioni tra tutela della concorrenza e tutela dell’ambiente*

Le intersezioni tra diritto della concorrenza e diritto dell’ambiente emergono in modo sempre più evidente non solo nel diritto positivo ma anche nell’attività delle amministrazioni e della giurisprudenza dei vari livelli ordinamentali.

Due mondi in astratto assai lontani sempre più spesso si trovano ad intersecarsi sotto molteplici profili: tale incontro tra la tutela della concorrenza (com’è noto, prevista al fine di consentire il corretto funzionamento del mercato interno della UE prevenendo e reprimendo restrizioni e distorsioni quali gli abusi di posizione dominante, gli accordi anticoncorrenziali nonché le fusioni e le incorporazioni)¹ e la tutela dell’ambiente (finalizzata a mantenere il Pianeta all’interno dei *planetary boundaries* assicurando le condizioni per la sopravvivenza delle varie specie e tra queste *in primis* della specie umana)² appare sempre più evidente negli ultimi anni.

* Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università Roma Tre. Email: francesco.deleonardis@uniroma3.it

** Convegno Roma Tre, 21 novembre 2023 “Sustainability Agreements, Green Transition and Article 101 TFEU”.

¹ Per quel che riguarda il diritto della concorrenza si vedano tra gli altri: G. LEMME (a cura di), *Diritto ed economia del mercato*, Padova, 2014; M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell’Unione europea*, Milano, 2014; E. CARDI, *Mercati e istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell’economia*, V ed., Torino, 2022; S. CASSESE (a cura di), *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2021; M. D’ALBERTI, *Concorrenza* (voce), in S. CASSESE (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, II, Milano, 2006, 1140 ss.; A. LALLI, *Concorrenza. Disciplina pubblicistica*, in *www.treccani.it*; M. LIBERTINI, *Concorrenza* (voce), in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, pp. 191 ss.

² Sul punto, si consenta di rinviare a F. DE LEONARDIS, *Lo Stato ecologico*, Torino, 2023, cap. 1.

Sul versante del diritto positivo nazionale una prima palmare evidenza di una tale intersezione emerge dal fatto che il principio di concorrenza da pochi anni è stato inserito anche testualmente in quella che costituisce la fonte primaria per eccellenza del diritto ambientale nazionale: il Codice dell'ambiente, o Testo Unico Ambientale³.

La norma di apertura della Parte Quarta relativa alla disciplina dei rifiuti del Testo Unico Ambientale (d.lgs. n. 152/2006, d'ora in poi brevemente "TUA") esordisce proprio con un riferimento esplicito a tale principio.

Ma a questo si aggiungono anche le norme di diritto europeo che prevedono deroghe alla regola del divieto di aiuti di Stato nelle ipotesi in cui gli aiuti di Stato siano giustificati da finalità di tutela ambientale. Il par. 3 dell'art. 101 TFUE sembra includere implicitamente le esigenze di tutela ambientale tra quelle che possono consentire la deroga alla regola generale per cui sono vietati gli accordi tra le imprese «che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza»⁴.

Com'è noto, infatti, tale disposizione prevede testualmente che possono essere ammessi gli accordi di cui al par. 1 «che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico». Le ipotesi di deroga sono quindi tre, tutte finalizzate alla tutela del consumatore⁵. Vedremo però che a tale finalità si aggiunge quella di tutela ambientale.

³ Il riferimento è al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 recante norme in materia ambientale. Sulla natura di tale decreto cfr. A. CELOTTO, *Il codice che non c'è: il diritto ambientale tra codificazione e semplificazione*, in *Giust. amm.*, 3/2009, pp. 485 ss.; P. CERBO, *Le novità nel codice dell'ambiente*, in *Urb. app.*, 5/2008, pp. 533 ss.; F. FONDERICO, *La "codificazione" del diritto dell'ambiente in Italia, modelli e questioni*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 3/2006, pp. 613 ss.

⁴ Cfr. Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, pubblicata sulla G.U. dell'Unione Europea del 18 febbraio 2022, C 80/1. Sul tema si rinvia a: A. MOLITERNI, *Antitrust e ambiente ai tempi del Green Deal: il caso dei "sustainability agreements"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2021, pp. 354 ss.; R. BARATTA, *Aiuti di Stato e fragilità ambientali: i nuovi orientamenti della Commissione*, in *Diritto e società*, 3/2022, p. 517; M. LIBERTINI, *Gestione "sostenibile" delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contratto e impresa*, 1/2023, pp. 54 ss.; A. PEZZOLI, *Come era verde il mio cartello*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2022, pp. 327 ss. Sui rapporti tra aiuti di Stato e tutela dell'ambiente si vedano anche: O. PORCHIA, *Aiuti di stato in materia ambientale e competenze regionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 4/2009, pp. 865; S. MARINO, *La tutela ambientale nella politica dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2021, pp. 43 ss.

⁵ L'art. 101, par. 3, TFUE stabilisce due condizioni ulteriori: «che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur

Ed è proprio all'analisi di questa disposizione che si punta in questo contributo non senza essersi chiesti preliminarmente se e come il principio di concorrenza stia modificando assetti consolidati nel diritto nazionale dell'ambiente.

Ci si interrogherà, quindi, se nella locuzione “migliorare la produzione” di cui all'art. 101, par. 3 TFUE, possa leggersi in controluce quello che potrebbe essere definito come il viraggio verso una produzione “sostenibile”, o come il re-design della traiettoria dell'economia nel rispetto dei limiti del Pianeta, o ancora come la conformazione sostenibile dell'attività di impresa, o in sintesi la transizione ecologica.

Dopo aver ricordato, quindi, come e quando il principio di concorrenza sia entrato nel TUA e dopo aver accennato all'impatto di tale principio in due ambiti fondamentali, vale a dire la privativa sulla raccolta dei rifiuti urbani e la regolazione dei sistemi di EPR, ci si dedicherà poi a richiamare gli atti fondamentali del diritto internazionale ed europeo. Tali atti, infatti, impongono di guardare al miglioramento della produzione in ottica ambientale, legittimando così anche accordi come i *sustainability agreements*.

Si tratta, quindi, in fondo, di ragionare dei presupposti di legittimità dei cosiddetti “*sustainability agreements*”.

2. Il principio di concorrenza nel TUA

Quando si parla di principi del diritto ambientale⁶ a livello europeo si richiamano generalmente tre norme fondamentali: l'art. 191 e l'art. 11 TFUE e l'art. 3 TUE⁷.

Nel diritto nazionale le norme fondamentali sui principi sono quattro: gli artt. 3-ter, 3-quater, 3-quinquies e 3-sexies TUA.

riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi».

⁶ Che com'è noto trovano la loro genesi nelle dichiarazioni generali del diritto internazionale (cfr. soprattutto i principi 3, 4, 6, 10, 14, 15 e 16 della dichiarazione di Rio).

⁷ La dottrina sui principi è abbondante, ci si limita a citare i seguenti contributi: M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007; E. PICOZZA-P. DELL'ANNO (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, Padova, 2012; R. FERRARA-M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, 2014; G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, V ed., Torino, 2021.

Questi gruppi di norme non esauriscono però l'elencazione dei principi del diritto ambientale. Se in esse sono citati i quattro principi generali di precauzione, prevenzione, correzione alla fonte e chi inquina paga (art. 191 TFUE e art. 3 ter TUA), il principio di integrazione (art. 11 TFUE), il principio dello sviluppo sostenibile (art. 3 TUE e art. 3 quater), i principi di sussidiarietà e di leale collaborazione (art. 3 quinquies TUA) e i principi dell'accesso alle informazioni ambientali e di partecipazione a scopo collaborativo (art. 3 sexies), numerosi sono i principi non citati dalle medesime norme.

I principi del diritto ambientale, infatti, non si riducono a quelli innanzi citati, dal momento che esistono una serie di altri principi settoriali che, però, hanno altrettanta importanza e che pure sono ricavabili espressamente da norme di diritto positivo.

Tra questi va indubbiamente citato il principio di concorrenza che, a livello nazionale, viene affermato per la prima volta dal TUA a partire dalla riforma operata con il d.lgs. n. 116/2020.

Con tale decreto legislativo nel nostro Paese si è recepita la prima delle direttive che compongono il pacchetto sull'economia circolare, ossia la direttiva n. 851/2018 sui rifiuti⁸.

Il principio di concorrenza, testualmente richiamato in due considerando di tale direttiva⁹, viene così inserito dal decreto di recepimento nella parte IV del TUA relativa ai rifiuti e non viene sancito solo in una norma, ma in una pluralità di norme.

Il primo riferimento alla concorrenza è significativamente contenuto nell'articolo 178 TUA che è quello che contiene l'elencazione dei principi che regolano la materia dei rifiuti.

⁸ Direttiva (UE) 2018/851 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2018 che modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti. Quest'ultima, insieme alle direttive (UE) 2018/849 sui RAEE, (UE) 2018/850 sulle discariche e (UE) 2018/852 sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio costituiscono il c.d. "Secondo Pacchetto sull'Economia Circolare", su cui sia consentito il rinvio a F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Diritto amministrativo*, 2017, 163 ss.; ID., *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 1/2020, 50 ss.

⁹ Ci si riferisce ai considerando 17 che si riferisce alla necessità di «promuovere pari condizioni di concorrenza» in ordine al mercato delle materie prime secondarie e il considerando 22 relativo ai requisiti minimi dei sistemi di responsabilità estesa del produttore (EPR) che prevede testualmente che «tali requisiti generali minimi dovrebbero ridurre i costi e migliorare l'efficacia, così come garantire pari condizioni di concorrenza anche per le piccole e medie imprese (...)».

Con tale norma si potrebbe dire che la tutela della concorrenza entri a pieno titolo nel c.d. codice dell'ambiente data la posizione sistematica – l'articolo di apertura della Parte Quarta – che già di per sé ne chiarisce il particolare rilievo.

Il principio di concorrenza appare, poi, strettamente legato al principio della responsabilità estesa del produttore sancito dagli artt. 178-bis e 178-ter TUA.

L'applicazione di tale principio viene richiamata infatti anche dalla norma che introduce la disciplina della gestione di un particolare tipo di rifiuto, quello di imballaggio (che, peraltro, rappresenta circa i due terzi di tutti i rifiuti urbani)¹⁰.

Il legislatore statuisce nell'art. 217, comma 1 TUA che nella gestione di tali rifiuti si debba «assicurare un elevato livello di tutela dell'ambiente» e si debba altresì «garantire il funzionamento del mercato» prevenendo «l'insorgere di ostacoli agli scambi e distorsioni della concorrenza».

Il principio di concorrenza viene richiamato quindi nell'ambito settoriale relativo ai Consorzi che costituiscono la forma giuridica nella quale generalmente si presentano i cd. sistemi di *EPR (Extended Producer Responsibility)*.

Il principio viene così ripreso in materia di imballaggi nella norma sul Conai e nelle norme che regolano i consorzi operanti in altri settori, come il Consorzio sugli olii vegetali, il Consorzio sui beni in polietilene, il Consorzio sugli olii minerali e il Consorzio sulle batterie esauste¹¹.

A queste disposizioni occorre aggiungere anche quelle che, se pur non menzionano letteralmente il principio di concorrenza, ad esso sono direttamente collegate¹².

Nel modificare la definizione dei rifiuti urbani ampliandola fino a ricomprendere in tale categoria la nozione dei c.d. “rifiuti simili” (anche

¹⁰ R. LEONARDI, *La natura giuridica dell'imballaggio terziario rotto: rifiuto o sottoprodotto?*, in *Nuove Autonomie*, 3/2016, pp. 419 ss. Cfr. anche il Rapporto rifiuti urbani, Edizione 2023, realizzato da ISPRA.

¹¹ Si vedano rispettivamente l'art. 224 TUA, l'art. 233 TUA, l'art. 234 TUA, l'art. 236 TUA e il d.lgs. n. 188/2008.

¹² Si tratta dell'art. 183, comma 1, lett. b-ter) n. 2 e dell'art. 198, comma 2 bis TUA, introdotti dal d.lgs. n. 116/2020.

menzionati come “assimilati”) per natura e composizione a quelli domestici¹³, il legislatore del 2020 ha affermato la piena libertà dei gestori delle attività economiche che producono rifiuti “simili” di affidarne la raccolta e l’avvio a recupero e/o a al di fuori della gestione del servizio pubblico¹⁴.

In sostanza il produttore di rifiuti “assimilati” può decidere se affidare i suoi rifiuti al sistema pubblico di raccolta oppure, in alternativa, e in ossequio al principio di concorrenza, a quello privato.

In un primo tempo il legislatore del 2020 però, pur aprendosi all’applicazione delle regole concorrenziali, aveva previsto che il produttore di rifiuti assimilati dovesse operare tale scelta con un accordo quinquennale¹⁵.

E già questa lunga durata, questo vincolo prolungato, creava un problema di compatibilità con il rispetto del principio di concorrenza.

Ma a questo si aggiungeva un’ulteriore singolarità anticoncorrenziale: per il produttore di rifiuti che avesse scelto il privato era possibile rientrare nella gestione pubblica in ogni momento e, quindi, anche prima del decorso dei cinque anni mentre non era consentito il contrario. Dunque, il produttore che aveva scelto il pubblico rimaneva vincolato per cinque anni.

È per questo che la norma veniva successivamente modificata su proposta dell’Autorità garante della Concorrenza e del Mercato nel 2022¹⁶ riportando la durata del vincolo al più ragionevole lasso di tempo di due anni e alla parità di condizioni nell’ipotesi di “ripensamento” del produttore di rifiuti.

¹³ Art. 183, comma 1, lett. b-ter) n. 2 TUA, che si riferisce ai «rifiuti indifferenziati e da raccolta differenziata provenienti da altre fonti che sono simili per natura e composizione ai rifiuti domestici indicati nell’allegato L-quater prodotti dalle attività riportate nell’allegato L-quinquies» di cui alla Parte Quarta del TUA.

¹⁴ L’art. 198, comma 2 bis TUA, come modificato dal d.lgs. n. 116/2020 stabilisce oggi che «Le utenze non domestiche possono conferire al di fuori del servizio pubblico i propri rifiuti urbani previa dimostrazione di averli avviati al recupero mediante attestazione rilasciata dal soggetto che effettua l’attività di recupero dei rifiuti stessi. Tali rifiuti sono computati ai fini del raggiungimento degli obiettivi di riciclaggio dei rifiuti urbani».

¹⁵ L’art. 238, comma 10 TUA, come modificato dal d.lgs. n. 116/2020, prevede che le utenze non domestiche che producono rifiuti urbani assimilati «che li conferiscono al di fuori del servizio pubblico e dimostrano di averli avviati al recupero (...) sono escluse dalla corresponsione della componente tariffaria rapportata alla quantità dei rifiuti conferiti» e che «le medesime utenze effettuano la scelta di servirsi del gestore del servizio pubblico o del ricorso al mercato per un periodo non inferiore a due anni».

¹⁶ Cfr. art. 14, comma 1 legge 5 agosto 2022, n. 118 (legge annuale per la concorrenza 2021) in cui si dispone la riduzione della durata minima dell’accordo a soli due anni.

3. Il principio di concorrenza e la privativa nella raccolta dei rifiuti

Ma il principio di concorrenza è entrato nel TUA anche con riferimento a ulteriori ipotesi rispetto a quelle viste nel paragrafo precedente.

Per poter verificare l'impatto del principio concorrenziale in tale settore occorre una precisazione preliminare: i rifiuti urbani, i residui di consumo, possono distinguersi in due macrocategorie principali.

In primo luogo vi sono i rifiuti differenziati, che a propria volta si distinguono in vari flussi in base al materiale, e che tendenzialmente a seguito di attività di riciclaggio dovrebbero il più possibile trasformarsi in materia prima di seconda generazione o, comunque, in compost in modo da non finire in discarica.

In secondo luogo vi sono i rifiuti indifferenziati che dopo un'attività di trattamento meccanico biologico dovrebbero finire a recupero energetico o a smaltimento.

L'interrogativo che si è posto fin dall'inizio è se vi sia una privativa dei Comuni nella raccolta dei rifiuti. Se essa riguardi le due categorie di rifiuti o solo una di esse. O se non vi sia affatto per nessuna delle due categorie.

Ovviamente nel momento in cui tale privativa venisse riconosciuta non dovrebbe essere considerato ammissibile consentire la raccolta in qualsiasi modo da parte di altri soggetti pubblici o privati: sarebbe, in altre parole, riconosciuto un monopolio legale relativo alla raccolta in capo ai Comuni.

Fin dagli inizi il legislatore nazionale che si trovò a recepire la prima direttiva sui rifiuti¹⁷ non fu chiaro in ordine a tale questione.

Ed infatti se è vero che sancì, nell'art. 21, comma 1 d.lgs. n. 22/1997, il principio che solo i rifiuti urbani e assimilati destinati allo smaltimento dovessero essere gestiti dai Comuni in regime di privativa, allo stesso tempo stabilì nel comma 7 dello stesso articolo, con norma di dubbia interpretazione, che per quelli destinati al recupero se oggetto di accordo di programma la privativa non si sarebbe dovuta applicare¹⁸.

Sembrava così, ma non in modo molto chiaro, affermarsi quella che potremmo definire come la regola "del doppio regime": privativa comunale

¹⁷ Trattasi della direttiva del Consiglio del 15 luglio 1975 relativa ai rifiuti 75/442/CEE.

¹⁸ L'art. 21, comma 7, stabiliva testualmente che «La privativa di cui al comma 1 non si applica alle attività di recupero dei rifiuti che rientrano nell'accordo di programma di cui all'articolo 22, comma 11, ed alle attività di recupero dei rifiuti assimilati».

nella raccolta dei rifiuti indifferenziati (la norma infatti riservava ai Comuni «la gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati *destinati allo smaltimento* in regime di privativa nelle forme di cui alla legge 8 giugno 1990, n. 142 e dell'art. 23») e libertà di raccolta (quindi concorrenza) per i rifiuti destinati al recupero a condizione però che fossero oggetto di accordo di programma.

Per i rifiuti, quindi, raccolti in modo differenziato la privativa non valeva lasciando la possibilità a chiunque, se ovviamente dotato delle necessarie autorizzazioni, di procedere a tale attività.

Il cd. doppio regime venne ulteriormente chiarito nel 2002: con l'art. 23, comma 1 della legge 31 luglio 2002, n. 179 venne modificato l'art. 21, comma 7 del d.lgs. n. 22/97 nel senso che «la privativa di cui al comma 1 non si applica alle attività di recupero dei rifiuti urbani e assimilati a far data dal 1° gennaio 2003». Veniva quindi meno la condizione dell'accordo di programma.

Anche la giurisprudenza degli anni successivi si pronunciò sulla sussistenza di tale doppio regime¹⁹.

Qualche anno più tardi, però, nel 2010, il legislatore ritornò sul tema prevedendo che «l'organizzazione e la gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e la riscossione dei relativi tributi»²⁰ costituiscono funzioni fondamentali dei Comuni.

Ci si chiese allora se tale norma avesse decretato la fine del doppio regime estendendo il monopolio comunale sulla raccolta, oltre che dei rifiuti indifferenziati, anche di quelli differenziati.

La giurisprudenza amministrativa di primo e di secondo grado si può dire che abbia oggi definitivamente chiuso la questione affermando con chiarezza la sussistenza del doppio regime²¹ proprio in ossequio al principio di concorrenza.

¹⁹ Cfr. ad es. Cons. Stato, V, 16 marzo 2005, n. 1074, per cui non è applicabile al servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani l'art. 21, comma 1, d.lgs. n. 22 del 1997, in quanto «la privativa di cui al comma 1 non si applica alle attività di recupero dei rifiuti urbani e assimilati, a far data dal 1° gennaio 2003».

²⁰ Art. 14, comma 27 d.l. 31 maggio 2010, n. 78.

²¹ In tal senso si sono pronunciati da ultimo sia il CGA Sicilia, 30 marzo 2022, n. 410 che il Cons. Stato, IV, 29 maggio 2023, n. 5257. Si veda anche sulla progressiva forza conformativa del principio di concorrenza Cons. Stato, VI, 15 dicembre 2022, n. 10993.

4. Il principio di concorrenza e i sistemi di EPR

Il meccanismo per il quale la concorrenza consente di indirizzare la produzione verso prodotti più verdi è quello che mette a carico del produttore i costi di smaltimento.

Quando un prodotto è riciclabile, dal suo fine vita si ottiene materia prima vendibile (entrate) e non invece residuo da smaltire (uscite). Maggiore è la riciclabilità del prodotto, maggiore è la materia prima ottenuta e vendibile e minore è il costo di quest'ultima per il produttore.

Si è detto, infatti, che i costi ambientali di gestione del fine vita dei prodotti gravano sui produttori, che li internalizzano nel prezzo di vendita del bene. Dunque, i produttori sono "incentivati" ad adottare soluzioni che consentano di produrre meno rifiuti, a realizzare prodotti durevoli nel tempo e/o riparabili e a utilizzare materiali facilmente riciclabili, in quanto ciò gli consentirebbe di sostenere minori costi di gestione post-consumo dei propri prodotti e di applicare un prezzo di vendita dei propri prodotti concorrenziale, perché inferiore a quello dei competitors che sostengono costi del fine vita più elevati²².

La sfida è quella di punire e non sovvenzionare il prodotto non riciclabile, in modo che il mercato si orienti da solo a far preferire il prodotto riciclabile, in quanto più conveniente, sotto il profilo economico e ambientale.

²² Le prime elaborazioni del concetto di responsabilità estesa del produttore risalgono agli studi degli anni Novanta nei quali si sostenne per la prima volta la tesi della responsabilizzazione dell'industria sulla gestione dell'intero ciclo di vita del prodotto: cfr. T. LINDHQUIST, *Extended Producer Responsibility in Cleaner Production: Policy Principle to Promote Environmental Improvement of Product System*, IIIIEE, Lund University, Lund (Svezia), 2000. Per un inquadramento esaustivo del tema da un punto di vista giuridico si vedano: P. DELL'ANNO, *Disciplina della gestione dei rifiuti*, in ID.-E. PICOZZA (diretto da), *Trattato*, cit.; S. BENVENUTI, *Raccolta, Gestione e Smaltimento dei rifiuti in Italia. La complessità del quadro normativo e del riparto delle competenze*, in G.C. FERONI (a cura di), *Produzione, Gestione, Smaltimento dei rifiuti in Italia, Francia e Germania tra Diritto, Tecnologia, Politica*, Torino, 2014, pp. 47 ss.; G. GARZIA, *La responsabilità e i costi della gestione dei rifiuti. La responsabilità estesa del produttore*, in F. GIAMPIETRO (a cura di), *La nuova disciplina dei rifiuti*, Milano, 2011; M. CHILOSI, *Quali profili di responsabilità per il produttore del bene lungo la filiera di gestione?*, in *Ambiente&Sicurezza*, n. 2 dell'8 febbraio 2011; Fondazione per lo sviluppo sostenibile-Fise Unire, *La Responsabilità estesa del Produttore*, in ID. (a cura di), *L'Italia del Riciclo*, 2015; D. IACOVELLI, *Rifiuti e mercato nell'economia circolare*, Torino, 2021, pp. 93 ss.; N. LUCIFERO, *Economia circolare e prodotti alimentari: l'etichettatura ambientale nel sistema delle fonti del diritto europeo e interno*, in *Dir. Econ., Percorsi di circolarità, tra diritto ed economia* (a cura di S. GARDINI), n. spec., 2023, pp. 91 ss.

La finalità della responsabilità estesa del produttore, lo si sottolinea, non è tanto quella di far pagare di meno i consumatori quanto piuttosto di indirizzare la produzione verso prodotti sostenibili.

Come sottolineato dall'AGCM nella segnalazione inviata al Presidente del Consiglio in merito alla Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (S4143), «la concorrenza ha un valore cruciale nel settore dei rifiuti nella misura in cui è idonea a garantire adeguati sbocchi di mercato a input produttivi che, realizzati attraverso attività di riciclo, (...) possono sostituire input realizzati in materia prima vergine, con un chiaro vantaggio commerciale e di competitività dal momento che (...) il settore manifatturiero europeo destina in media circa il 40% della spesa all'acquisto di input produttivi»²³.

Ecco perché la leva concorrenziale può condurre a risultati positivi sia in termini di competitività industriale che di tutela dell'ambiente, ai fini della transizione verso un'economia circolare.

La strada tracciata dal legislatore europeo va proprio in questa direzione: stimolare la concorrenza per aprire il mercato a nuovi operatori, internalizzare i costi ambientali nel prezzo del prodotto e stimolare i produttori alla progettazione eco-compatibile dei propri prodotti²⁴.

In questo quadro, tra i vari strumenti, i sistemi EPR si distinguono come uno degli strumenti migliori per “azionare” la leva concorrenziale.

In questo modo, le regole dell'EPR e della concorrenza diventano parti di un sistema virtuoso circolare in cui si riduce al minimo l'impatto ambientale dei processi produttivi (prelevando il minor numero possibile di risorse naturali) e si punta a recuperare quante più risorse con un'efficiente gestione post-consumo.

Le regole della concorrenza “aprono” il mercato a nuovi operatori che, per poter rimanere in detto mercato, devono competere con gli altri operatori, quindi devono assicurare standard di efficienza via via più elevati

²³ AGCM, Segnalazione ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 in merito a: Proposte di riforma concorrenziale, ai fini della Legge Annuale per il mercato e la Concorrenza Anno 2021, § V, lett. B.

²⁴ «Tali requisiti generali minimi dovrebbero ridurre i costi e migliorare l'efficacia, così come garantire pari condizioni di concorrenza, anche per le piccole e medie imprese e le imprese del commercio elettronico, e l'assenza di ostacoli al funzionamento del mercato interno. Essi dovrebbero inoltre contribuire a internalizzare i costi del fine vita includendoli nel prezzo del prodotto e incentivare i produttori, al momento della progettazione dei loro prodotti, a tenere conto in maggior misura della riciclabilità, della riutilizzabilità, della riparabilità e della presenza di sostanze pericolose in fase di progettazione» (considerando n. 22, direttiva UE 2018/851).

I sistemi EPR danno attuazione alle regole di cui sopra: internalizzano i costi ambientali e presiedono la gestione delle necessarie operazioni post consumo, ma operando su un mercato competitivo devono offrire condizioni competitive, che si traducono nel miglioramento degli standard di efficienza, anche ambientale.

5. Il “miglioramento” della produzione in senso ambientale

In apertura ci si era proposti di procedere all'analisi del par. 3 dell'art. 101 TFUE che sembra includere le esigenze di tutela ambientale tra quelle che possono consentire la deroga alla regola generale per cui sono vietati gli accordi tra le imprese «che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza»²⁵.

Gli accordi che possono essere ammessi, pur contrastanti con la concorrenza, sono quelli che ai sensi del par. 1 «contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti».

Occorre, quindi, ora chiedersi che cosa intendano il legislatore internazionale ed europeo quando si riferiscono alla finalità di contribuire al miglioramento della produzione.

E la risposta sembra essere nel senso che tale miglioramento della produzione includa anche la produzione “sostenibile”, ossia la riprogettazione dell'economia nel rispetto dei limiti del Pianeta che emerge da numerose norme del diritto internazionale e di quello europeo.

Le norme da cui si deduce nel diritto internazionale la necessità di conformare in senso verde la produzione sono innumerevoli, per brevità si è deciso di citarne solo le più importanti.

Il principio 4 di quella che costituisce la prima dichiarazione generale del diritto internazionale dell'ambiente (la dichiarazione di Stoccolma del 1972) già affermava che «la conservazione della natura, ivi compresa la vita selvaggia, deve perciò avere particolare considerazione nella pianificazione dello sviluppo economico». Con il riferimento alla pianificazione dello sviluppo economico si

²⁵ Art. 101, par. 1 TFUE.

metteva già allora in evidenza, per la prima volta, il nesso tra sviluppo economico e tutela delle risorse naturali, tra economia e ambiente²⁶.

Anche nei principi 7 e 9 della Carta mondiale della Natura del 1982 si ritrova il nesso tra economia e ambiente: il principio 7 afferma che «nella pianificazione ed esecuzione delle attività di sviluppo sociale ed economico sarà debitamente tenuto conto del fatto che la conservazione della natura fa parte integrante di queste attività» e il principio 9 afferma che «l'assegnazione di aree della terra ai diversi usi sarà pianificata e si terrà debitamente conto dei limiti fisici, della produttività e delle diversità biologiche così come della bellezza naturale delle aree in questione».

Ma sono soprattutto i punti 52, 54, 57 e 60 del Rapporto Brundtland del 1987 che contengono per la prima volta la parola “riprogettazione” dell'economia: vi è un primo accenno alla riprogettazione del sistema di produzione per utilizzare meno energia ossia in modo da ottenere risparmi energetici nella produzione; un secondo accenno a proposito della produzione agricola; un altro accenno relativo agli strumenti giuridici da utilizzare e, infine, in generale si richiama la necessità di ripensare alla produzione dei prodotti.

Con tale rapporto si potrebbe dire che la quarta R ossia la riprogettazione dell'economia entri prepotentemente nel diritto internazionale dell'ambiente andandosi ad affiancare alle altre classiche tre R ossia riciclaggio riutilizzo e riuso.

Molto chiari sulla cd. produzione sostenibile sono i principi 8 e 16 della dichiarazione di Rio del 1992²⁷: nel primo si legge che «al fine di pervenire ad uno sviluppo sostenibile e ad una qualità di vita migliore per tutti i popoli gli Stati dovranno ridurre ed eliminare i modi di produzione e di consumo non sostenibile e promuovere politiche demografiche adeguate» e nel secondo che «le autorità nazionali dovranno adoperarsi a promuovere l'internazionalizzazione dei costi per la tutela ambientale e l'uso di strumenti economici, considerando che in linea di principio è l'inquinatore a dover

²⁶ V. STARACE, *Recenti sviluppi della cooperazione internazionale in materia di protezione dell'ambiente*, in *La Comunità Internazionale*, 1-2/1974, pp. 50 ss.; L. PINESCHI, *Tutela dell'ambiente e assistenza allo sviluppo: dalla Conferenza di Stoccolma (1972) alla Conferenza di Rio (1992)*, in *Riv. giur. amb.*, 3-4/1994, pp. 493 ss.

²⁷ L. PINESCHI, *La Conferenza di Rio de Janeiro su ambiente e sviluppo*, in *Riv. giur. amb.*, 3/1992, pp. 705 ss.; S. MARCHISIO, *Gli atti di Rio nel diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 3/1992, pp. 581 ss.; P.A. LEME MACHADO, *Nuove strade dopo Rio e Stoccolma*, in *Riv. giur. amb.*, 1/2002, pp. 169 ss.

sostenere il costo dell'inquinamento, tenendo nel debito conto l'interesse pubblico e senza alterare il commercio e le finanze internazionali».

Con i suoi più di 200 riferimenti alla produzione sostenibile l'Agenda 21 connessa con la dichiarazione di Rio appare come uno degli atti essenziali per la legittimazione della conformazione dell'economia in senso verde²⁸.

Dieci anni più tardi il par. 13 della conferenza di Johannesburg del 2002 afferma testualmente che «per raggiungere uno sviluppo sostenibile globale sono indispensabili cambiamenti fondamentali nel modo in cui le società producono e consumano punto tutti i paesi dovrebbero promuovere modelli di consumo e produzione sostenibili».

Venti anni dopo la dichiarazione di Rio il punto 220 della dichiarazione «Il futuro che vogliamo» nell'ambito della conferenza di Rio+20 del 2012 richiama testualmente la necessità di promuovere modelli di produzione sostenibile e in tale dichiarazione si ritrovano numerosi accenni alla responsabilità estesa del produttore.

L'obiettivo 12 della dichiarazione del 25 settembre 2015 «Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite» si riferisce, infine, in modo chiarissimo alla produzione sostenibile.

Tale obiettivo significativamente intitolato «garantire modelli sostenibili di produzione e di consumo» menziona tra gli strumenti che devono essere utilizzati per ottenere tale produzione sostenibile non solo gli appalti pubblici verdi ma anche la fiscalità ambientale e prevede che si debbano razionalizzare i sussidi inefficienti per i combustibili fossili che incoraggiano lo spreco eliminando le distorsioni del mercato in conformità alle circostanze nazionali anche ristrutturando i sistemi di tassazione ed eliminando progressivamente quei sussidi dannosi esistenti.

6. Il diritto europeo della produzione sostenibile

Anche nel caso del diritto europeo sarebbe operazione che esula dai confini di questo breve contributo richiamare le numerosissime fonti che impongono il viraggio della produzione in senso sostenibile.

²⁸ Tra i vari capitoli occorre segnalare particolarmente il capitolo 30 intitolato proprio rafforzamento del ruolo del commercio e dell'industria.

A livello sistematico si possono distinguere tali fonti in tre macro insiemi: il primo, che potremmo chiamare il diritto europeo “soft”, in cui potrebbero essere inserite le comunicazioni, le strategie e i programmi di azione che sono particolarmente numerosi negli ultimi cinque anni; il secondo, che potremmo chiamare diritto europeo “hard” in cui si potrebbero inserire varie direttive degli ultimi anni e il terzo che potremmo definire come il diritto europeo “in progress” in cui la produzione sostenibile campeggia in una serie di atti normativi in corso di approvazione.

Nel primo gruppo tra le comunicazioni particolarmente rilevanti si possono richiamare: la comunicazione sulla politica integrata dei prodotti del 2003²⁹; la Strategia “Europa 2020” del 2010³⁰; il Sesto (2002), Settimo (2013) e Ottavo piano in materia ambientale (2022)³¹; la Strategia sulla bioeconomia (2018)³²; la comunicazione sul Green Deal (2019)³³; la Strategia sulla biodiversità (2020)³⁴; il Piano di azione sull’economia circolare (2020)³⁵; il

²⁹ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al parlamento europeo Politica integrata dei prodotti. Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale del 18 giugno 2003, COM(2003) 302.

³⁰ Comunicazione della Commissione “EUROPA 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva del 3 marzo 2010, COM(2020) 2010.

³¹ Approvati rispettivamente con Decisione n. 1600/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 luglio 2002, con Decisione n. 1386/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 novembre 2013 e con Decisione (UE) 2022/591 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 aprile 2022.

³² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni “Una bioeconomia sostenibile per l’Europa: rafforzare il collegamento tra economia, società e ambiente” dell’11 ottobre 2018, COM(2018) 673.

³³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni “Il Green Deal europeo” dell’11 dicembre 2019, COM(2019) 640.

³⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni “Strategia dell’UE sulla biodiversità per il 2030. Riportare la natura nella nostra vita” del 20 maggio 2020, COM(2020) 380.

³⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni “Un nuovo piano d’azione per l’economia circolare. Per un’Europa più pulita e più competitiva” dell’11 marzo 2020, COM(2020) 98.

Piano sulle materie prime critiche (2020)³⁶; la Strategia industriale europea (2020)³⁷.

Nel secondo gruppo si possono annoverare le direttive sull'ecodesign del 2005 e del 2009³⁸, le direttive NFRD del 2014 e del 2022³⁹, il Pacchetto economia circolare del 2018⁴⁰, la direttiva SUP del 2019⁴¹ e il regolamento tassonomia del 2020⁴².

Il terzo gruppo comprende la proposta di regolamento sull'estensione dei requisiti di ecodesign a tutti i prodotti⁴³, la proposta di regolamento imballaggi⁴⁴, la proposta di direttiva *due diligence*⁴⁵ e la proposta di direttiva *green claims*⁴⁶.

³⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni "Resilienza delle materie prime critiche: tracciare un percorso verso una maggiore sicurezza e sostenibilità" del 3 settembre 2020, COM(2020) 474.

³⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni "Una nuova strategia industriale europea" del 10 marzo 2020, COM(2020) 102.

³⁸ Trattasi della direttiva 2005/32/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 2005 e della direttiva 2009/125/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 ottobre 2009.

³⁹ Si tratta della direttiva 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014 e della direttiva (UE) 2022/2464 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022.

⁴⁰ Direttive 849, 850, 851 e 852 del 2018 già menzionate in precedenza.

⁴¹ Direttiva (UE) 2019/904 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019 sulla riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente.

⁴² Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088. Tale regolamento è stato "completato" con l'adozione dei regolamenti delegati della Commissione (UE) 2021/2139 e 2023/2486 che fissano i criteri di vaglio tecnico per la qualificazione delle attività ecosostenibili.

⁴³ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce il quadro per l'elaborazione delle specifiche di progettazione ecocompatibile dei prodotti sostenibili e abroga la direttiva 2009/125/CE del 30 marzo 2022, COM(2022) 142.

⁴⁴ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio, che modifica il regolamento (UE) 2019/1020 e la direttiva (UE) 2019/904 e che abroga la direttiva 94/62/CE del 30 novembre 2022, COM(2022) 677.

⁴⁵ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 del 23 febbraio 2022, COM(2022) 71.

⁴⁶ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica le direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE per quanto riguarda la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell'informazione del 30 marzo 2022, COM(2022) 143.

Da tutti questi atti emerge un diritto vivente europeo che va fortemente nella direzione della conformazione ecologica della produzione e che implica la necessità di rivedere i trattati in senso più strutturalmente verde⁴⁷.

Si potrebbe dire che la tutela dell'ambiente che era entrata nel diritto europeo dalla finestra, non solo abbia fatto poi il suo ingresso dal portone principale, ma ha colorato tutto di verde (basti pensare al principio di integrazione).

Del resto, l'ordinamento nazionale ha anticipato questo tipo di percorso attraverso la riforma costituzionale contenuta negli artt. 9 e 41 Cost. in cui si è mutata in senso verde la Costituzione economica del nostro paese.

Il senso dell'art. 101 TFUE par. 3 letto, dunque, in modo sistematico e in combinato con le varie norme che si sono citate appare dunque ora più evidente. Al più, per una maggiore chiarezza, la norma potrebbe essere emendata, sulla scorta di quanto accaduto per l'art. 41 Cost., in questo modo: «contribuiscano a migliorare la produzione, *anche sostenibile*, o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico *o ambientale*».

In conclusione, il par. 3 dell'art. 101 TFUE, interpretato alla luce delle considerazioni svolte, chiarisce che il principio di concorrenza non è un principio assoluto ma deve essere temperato con le esigenze della produzione sostenibile. È plausibile ipotizzare che, aumentando le esigenze ambientali, tali deroghe saranno sempre più numerose.

⁴⁷ E. CHITI, *In motu. L'Unione europea e la trasformazione della costruzione giuridica della sostenibilità*, in AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Atti del Convegno del 28 gennaio 2022, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 183 ss.; D. BEVILACQUA, *Il Green New Deal*, Milano, 2024.

ABSTRACT

Francesco De Leonardis - *Concorrenza e ambiente: “conflitto” o “concorso”?* Alcune riflessioni sui sustainability agreements di cui all’art. 101 TFUE

L’articolo prende spunto dall’analisi dell’art. 101 TFUE. Tale norma nel porre la regola generale del divieto degli accordi tra imprese che possono falsare il gioco della concorrenza prevede un’eccezione per quegli accordi che contribuiscono a migliorare la produzione di prodotti. L’A. richiama le norme di diritto internazionale e di diritto europeo che legittimano la lettura di tale miglioramento della produzione anche in senso ambientale. Tale lettura consente di confermare le interpretazioni che legittimano accordi tra imprese che, pur contrari all’applicazione dei principi concorrenziali, si muovono nella direzione della produzione sostenibile (cd. *sustainability agreements*). L’A. ritiene che il principio di concorrenza che emerge ormai chiaramente nel Testo Unico Ambientale (TUA) e che viene applicato nella regolazione dei rifiuti e nei sistemi di Responsabilità Estesa del Produttore (EPR), da una parte, sia determinante per incentivare la produzione sostenibile e l’efficienza economica ma, dall’altra, allo stesso tempo non debba essere considerato come principio assoluto. La produzione sostenibile porta, infatti, ad ammettere deroghe al principio stesso ma solo nella misura in cui sia strettamente necessario.

PAROLE-CHIAVE: *Principio di concorrenza; Produzione sostenibile; Gestione rifiuti; Sistemi di responsabilità estesa del produttore; Privativa nella raccolta dei rifiuti urbani.*

Francesco de Leonardis, *Competition and Environment: conflict or confluence? Some reflections on sustainability agreements under Article 101(3) of the TFEU*

The article is based on an analysis of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). This provision, sets out the general rule of the prohibition of agreements between companies that may distort competition, with an exception for agreements that contribute to

improving the production of products. The author, based on international and European provisions, proposes an interpretation of “production improvement” also in an environmental sense. This interpretation could justify agreements between companies that, while contrary to the application of competition principles, move towards sustainable production (so-called sustainability agreements), even if they do not reflect the application of the competition principle. The competition principle, emerges clearly in the Italian Environmental Code and is applied in waste regulation and Extended Producer Responsibility (EPR) systems. The author believes that this principle, on the one hand, is crucial to encourage sustainable production and economic efficiency but, on the other hand, should not be considered an absolute principle. Indeed, sustainable production requires exceptions to the principle itself, but only to the strict extent necessary.

KEYWORDS: *Competition principle; Sustainable production; Waste management; Extended Producer Responsibility systems; Monopoly in urban waste collection.*