

IL DIRITTO DELLA CONCORRENZA E UNA “COSTITUZIONE ECONOMICA” SOSTENIBILE: UN APPROCCIO COMPARATO

Andrea Piletta Massaro*

Abstract

(ITA)

La sostenibilità, sebbene non assurga, in senso formale e generale, a diritto fondamentale, rappresenta uno dei capisaldi del contratto sociale su cui si basano le società democratiche, e in particolare quelle europee. Essa trova una propria formulazione (tra le altre) in svariate carte costituzionali, nonché nei Trattati dell’Unione Europea. Tuttavia, appare evidente come molto spesso i diritti e le prescrizioni che fanno capo al più generale concetto di sostenibilità restino perlopiù *law in the books*. Infatti, la deregolamentazione eccessiva che ha caratterizzato lo sviluppo di quelle che si possono definire le società più sviluppate ha portato ad una sorta di *self-restraint* nel ruolo dello Stato come regolatore, favorendo così lo sviluppo di una corrente neo-liberista incentrata sul *laissez-faire*. Da un punto di vista comparatistico, è evidente lo sforzo dell’Unione Europea, intesa come formante legislativo, nella promozione di un sistema maggiormente sostenibile dal punto di vista ambientale, e non solo. Anche la giurisprudenza, tanto statale, quanto sovranazionale, ha aumentato il grado di consapevolezza riguardante quello che si può definire “pregiudizio ecologico”. I due principali aspetti di mancanza di sostenibilità – ovvero ambiente e diseguaglianze – risultano profondamente interconnessi e fondati su problematiche di carattere economico e giuridico legate alla concentrazione di potere economico. In tale contesto vengono in rilievo i concetti e le elaborazioni poste alla base del diritto della concorrenza, e in particolare l’impostazione teoretica elaborata dalla cosiddetta “Scuola di Friburgo”. Il presente contributo intende esplorare i fondamenti teorici ed economici dei problemi di sostenibilità che affliggono le nostre società al fine di individuare i correttivi necessari per raggiungere

* Université Catholique de Lyon (UCLy), Faculté de Droit (apiletta@univ-catholyon.fr)

Il presente contributo è stato presentato al VIII Convegno Nazionale SIRD: “Ambiente, economia, società. La misura della sostenibilità nelle diverse culture giuridiche”, Roma, 12-14 settembre 2024.

un modello di sviluppo basato su un rapporto di proporzionalità diretta tra sostenibilità e risultati economici.

(EN)

Sustainability, although it does not rise, in a formal and general sense, to a fundamental right, represents one of the cornerstones of the social contract on which democratic societies, and in particular European ones, are based. It finds its own formulation (among others) in various constitutional charters, as well as in the Treaties of the European Union. However, it is clear that very often the rights and requirements that refer to the more general concept of sustainability remain mostly law in the books. In fact, the excessive deregulation that has characterized the development of what can be defined as the most developed societies has led to a sort of self-restraint in the role of the State as regulator, thus favouring the development of a neo-liberal current focused on *laissez-faire*. From a comparative point of view, the effort of the European Union, understood as a legislative former, in the promotion of a more sustainable system from an environmental point of view, and not only, is evident. Even the jurisprudence, both state and supranational, has increased the degree of awareness regarding what can be defined as 'ecological prejudice'. The two main aspects of lack of sustainability – *i.e.*, the environment and inequalities – are deeply interconnected and based on economic and legal problems related to the concentration of economic power. In this context, the concepts and elaborations underlying competition law are highlighted, and in particular the theoretical approach developed by the so-called 'Freiburg School'. This paper aims to explore the theoretical and economic foundations of the sustainability problems that afflict our societies in order to identify the corrective measures necessary to achieve a development model based on a relationship of direct proportionality between sustainability and economic results.

Indice Contributo

IL DIRITTO DELLA CONCORRENZA E UNA "COSTITUZIONE ECONOMICA" SOSTENIBILE: UN APPROCCIO COMPARATO	638
---	-----

Abstract.....	638
Keywords.....	640
1. Introduzione	640
2. <i>Mercato e sostenibilità</i>	643
3. La concorrenza come “mano invisibile” del mercato	646
4. Il ruolo del diritto della concorrenza per una società più sostenibile.....	651
4.1 La sostenibilità istituzionale	651
4.2 La sostenibilità sociale	653
4.3 La sostenibilità ambientale	656
5. Conclusione	661

Keywords

Diritto Della Concorrenza – Sostenibilità - Unione Europea - Mercato Unico - Diritto Comparato

Competition law – Sustainability - European Union - Single Market - Comparative law

1. Introduzione

Società e mercato sono da sempre stati concepiti come due facce della medesima medaglia, ma la loro essenza ha spesso portato a momenti di contrapposizione tra questi due costrutti. Ciò è quanto accade anche nel contesto presente, nel quale lo sviluppo economico ha portato a risultati certamente mai visti in termini di innovazione e progresso, ma, dall'altro canto, ha esacerbato molti fragili equilibri nel nostro pianeta e nella nostra società. In particolare, dal punto di vista ambientale, lo sviluppo di cui si è detto non è stato esente da fenomeni quali l'eccessivo sfruttamento delle risorse naturali, l'inquinamento atmosferico (e non solo) e la modifica irreversibile di taluni ecosistemi. A ciò consegue quella che, ormai genericamente,

viene contraddistinta come la crisi climatica¹. Allo stesso modo, il processo sopra riassunto ha avuto un impatto notevole anche sul tessuto sociale, il quale può essere plasticamente raffigurato dalla crescita pressoché esponenziale delle disuguaglianze sociali e dal conseguente aumento dei tassi di povertà e del divario nella distribuzione della ricchezza².

Quanto appena accennato porta a svolgere svariate riflessioni, *in primis* circa la natura della nostra società. Essa, così come viene concepita dal punto di vista filosofico, si fonda sul cosiddetto “contratto sociale” elaborato sulle teorie di Jean-Jacques Rousseau³. Secondo tale Autore, infatti, gli individui si costituiscono in società per soddisfare i propri bisogni, risultato che può essere meglio conseguito in tal modo che secondo lo stato di natura, viste, in particolare le diseguaglianze che emergerebbero in quest’ultimo⁴. Tuttavia, il contratto sociale non ne è una diretta conseguenza, che presuppone una perdita di libertà da parte dei medesimi individui, ma dovrebbe essere uno stato nel quale gli individui rimangono liberi di perseguire le proprie scelte, pur senza intaccare la libertà altrui, in un sistema nel quale la cooperazione tra essi ha come conseguenza, tra le altre, il progresso della società. In altri termini, per utilizzare un vocabolo attualmente molto in voga, l’equilibrio che si genera dalla creazione e dal rispetto, da parte degli individui, del contratto sociale, determina quella che è una società *sostenibile*.

In un’ottica prospettica, la definizione universalmente riconosciuta di sviluppo *sostenibile* è quella offerta dal Rapporto Brundtland, nel quale esso viene definita come

¹ Parlamento Europeo, Il Parlamento europeo dichiara l’emergenza climatica, 28 novembre 2019 <<https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20191121IPR67110/il-parlamento-europeo-dichiara-l-emergenza-climatica>> consultato il 16 febbraio 2025.

² Si vedano, diffusamente, Joseph Stiglitz, *The Price of Inequality* (Norton 2013); Joseph Stiglitz, *People, Power and Profits. Progressive Capitalism for an Age of Discontent* (Allen Lane 2019); T. Piketty, *Capital in the Twenty-First Century* (Harvard University Press 2014); A.B. Atkinson, *Inequality. What Can Be Done?* (Harvard University Press 2015). Si veda anche ISTAT, La povertà in Italia – Anno 2023, 17 ottobre 2024 <https://www.istat.it/wp-content/uploads/2024/10/REPORT_POVERTA_2023.pdf> consultato il 16 febbraio 2025.

³ Jean-Jacques Rousseau, *Il contratto sociale* (prima pubblicazione 1762, Laterza, 2019).

⁴ Jean-Jacques Rousseau, *Origine della diseguaglianza* (prima pubblicazione 1755, Feltrinelli, 2018).

*lo sviluppo che soddisfi i bisogni del presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri⁵. Tuttavia, la gravità dei fenomeni ecologici, economici e sociali che la nostra società sta affrontando richiede non solamente una visione prospettica verso le generazioni future, ma anche una visione “sincronica” verso i vari individui e gruppi sociali componenti le presenti generazioni. Ciò è dovuto anche ad un ampliamento del concetto di sostenibilità, un tempo per lo più confinato al solo profilo ambientale. Infatti, come autorevolmente sottolineato, *il concetto di sostenibilità, rispetto alle sue prime versioni, ha fatto registrare una profonda evoluzione che, partendo da una visione centrata preminentemente sugli aspetti ecologici, è approdata verso un significato più globale, che tenesse conto, oltre che della dimensione ambientale, di quella economica e di quella sociale. I tre aspetti sono stati comunque considerati in un rapporto sinergico e sistematico e, combinati tra loro in diversa misura, sono stati impiegati per giungere a una definizione di progresso e di benessere che superasse in qualche modo le tradizionali misure della ricchezza e della crescita economica basate sul PIL.*⁶*

Proprio quest’ultima definizione sottolinea il legame inscindibile intercorrente tra sostenibilità, società e mercato. Inoltre, la complessità espressa da tale concetto rende particolarmente utile agli scopi del presente lavoro riprendere la concezione quadripartita di sostenibilità fornita da Giovannini (e ribadita anche nel corso del Convegno Nazionale SIRD 2024)⁷. Egli, infatti, declina la sostenibilità come ambientale, sociale, economica⁸ e istituzionale. Se le prime tre concezioni sono già state parzialmente discusse in precedenza, la quarta è non meno importante e dà la stura alle riflessioni contenute nel presente contributo. Essa, infatti, presuppone la capacità del sistema istituzionale di essere “sostenibile” e di poter fungere da “garante”, ma soprattutto da promotore, di una società, appunto, sostenibile. Tale profilo, pertanto, implica l’esistenza di un piano normativo effettivo ed efficace nel

⁵ Report della World Commission on Environment and Development: *Our Common Future*, punto 27 <<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>> consultato il 7 febbraio 2025. Si veda anche <<https://www.mase.gov.it/pagina/il-contesto-internazionale>> consultato il 7 febbraio 2025.

⁶ Enciclopedia Treccani, voce *Sostenibilità*.

⁷ Enrico Giovannini, *L’utopia sostenibile* (Laterza 2018) 32.

⁸ Ai fini del presente lavoro, le concezioni economica e sociale verranno perlopiù trattate congiuntamente, sotto il nome della seconda.

raggiungimento degli scopi menzionati, nonché di un apparato regolatorio altrettanto capace di realizzare quanto normativamente previsto. Vista la centralità del mercato nello sviluppo delle dinamiche sociali caratterizzanti l'attuale sistema socio-economico, il presente contributo mira a fornire un'analisi del ruolo che il diritto della concorrenza dovrebbe e potrebbe ricoprire nella realizzazione di un sistema maggiormente sostenibile, secondo tutte le concezioni sopra delineate.

2. Mercato e sostenibilità

La menzionata intersezione tra mercato e società ha da sempre occupato ampia parte del dibattito giuridico, economico e filosofico degli ultimi secoli. A parte il già menzionato Rousseau, si sono sempre susseguiti tentativi e teorie volti a “costruire” o comunque delineare una società che oggi definiremmo sostenibile (in tali contesti si trattava perlopiù di sostenibilità dal punto di vista sociale ed economico). Alcuni hanno visto la soluzione dei problemi sociali nel mercato autoregolato⁹, mentre altri nello Stato regolatore supremo del mercato¹⁰, giusto per citare le concezioni opposte. I sistemi giuridici occidentali hanno storicamente abbracciato una soluzione maggiormente liberista, ancorata su un sistema statuale di tipo liberale, con varie sfumature. In particolare, l'Unione Europea ha coniato quella che può essere definito come il giusto equilibrio tra libertà economica e intervento regolatorio dello Stato. Infatti, il Mercato Unico europeo – riprendendo in parte gli insegnamenti della Scuola Ordoliberale di Friburgo¹¹, su cui si tornerà *infra* – ha adottato il modello della cosiddetta “economia sociale di mercato”, che anche a livello terminologico

⁹ Si veda, *inter alia*, Adam Smith, *La ricchezza delle nazioni* (prima pubblicazione 1776, UTET 2017). Con riferimento al diritto della concorrenza, il contributo che ha senza dubbio dato la stura ad un approccio spiccatamente liberista è R. Bork, *The Antitrust Paradox* (Free Press 1978).

¹⁰ Si veda, *inter alia*, Karl Marx, *Il capitale* (prima pubblicazione 1867, Einaudi, 2024).

¹¹ David J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe* (Oxford University Press 1998) 232-265; David J. Gerber, ‘Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the “New” Europe’ (1994) 42 *The American Journal of Comparative Law* 25-84; Anselm Küsters, *The Making and Unmaking of Ordoliberal Language: A Digital Conceptual History of European Competition Law* (Klostermann 2023); Heinz Rieter e Matthias Schmolz, ‘The ideas of German Ordoliberalism 1938-45: pointing the way to a new economic order’ (1993) 1 *The European Journal of the History of Economic Thought* 87-114.

rappresenta un costrutto particolarmente degno di interesse. I Trattati su cui si fonda l’Unione Europea, ed *in primis* il Trattato sull’Unione Europea (TUE), declinano tale sistema economico come un volano per lo *sviluppo sostenibile*, fondato su un alto grado di concorrenza, ma avente la finalità di raggiungere la *piena occupazione*, il *progresso sociale* e un elevato *livello di tutela e di miglioramento della qualità dell’ambiente* (Art. 3, par. 3, TUE). A sua volta, il Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE), ribadisce come *nelle sue azioni l’Unione mira ad eliminare le ineguaglianze* (Art. 8 TFUE), come *nella definizione e nell’attuazione delle sue politiche e azioni, l’Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un’adeguata protezione sociale, la lotta contro l’esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana* (Art. 9 TFUE), ed infine che *le esigenze connesse con la tutela dell’ambiente devono essere integrate nella definizione e nell’attuazione delle politiche e azioni dell’Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile* (Art. 11 TFUE). Il tutto viene amalgamato dalla previsione relativa alla coerenza delle varie politiche dell’Unione (Art. 7 TFUE) e dalle disposizioni parallele contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (in particolare, Art. 37, relativo alla tutela dell’ambiente).

Inoltre, tali diritti non sono soltanto garantiti in ambito unionale, ma fanno parte di un più ampio patrimonio comune sancito anche nelle Costituzioni dei vari Stati Membri. In particolare, si ricorda la *Charte de l’environnement* inserita in calce alla Costituzione della Repubblica Francese, ma anche l’articolo 20a del *Grundgesetz* e il novellato Art. 9 della Costituzione italiana¹².

Purtuttavia, tali diritti, in un contesto di libero mercato, nel quale – per definizione – le imprese mirano al perseguitamento e alla massimizzazione del profitto, possono risultare frustrati. In particolare, essi possono contrastare con i diritti di proprietà privata e di libero esercizio dell’attività imprenditoriale. Proprio per queste ragioni, tanto la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (Artt. 16 e 17), quanto le Costituzioni nazionali, pur sancendo tali diritti, li limitano al perseguitamento dell’interesse della collettività¹³, in perfetta armonia con la concezione Rousseauiana del contratto sociale sopra delineata. Con particolare riferimento alla Costituzione

¹² Legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, pubblicata in G.U. 22 febbraio 2022, n. 44.

¹³ Si veda, in tema di proprietà privata, l’interessante disamina svolta dalla Corte di Giustizia nel caso *Hauer* (sentenza 13 dicembre 1979, causa 44/79).

italiana, il riformato Art. 41 sancisce che, sebbene l'iniziativa economica privata sia libera, essa *non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*. Sullo stesso piano si pone il seguente Art. 42 nel garantire la proprietà privata, ma prevedendone tuttavia la relativa *funzione sociale* e la possibilità di accesso *a tutti*.

Quanto indicato trova inoltre conferma nella giurisprudenza, tanto nazionale quanto europea (comprendendo in tale aggettivo anche la Corte europea dei diritti dell'uomo). Il ruolo attivo dei tribunali in questo campo è diventato particolarmente evidente nell'aprile 2024, quando la Corte europea dei diritti dell'uomo ha emesso una decisione in cui afferma che la Svizzera non ha rispettato i doveri derivanti dalla Convenzione di Parigi e ha riconosciuto il diritto di un'associazione a presentare un ricorso di conseguenza¹⁴. Risulta peraltro interessante che, in assenza di un diritto specifico alla protezione dell'ambiente nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, la Corte di Strasburgo ha configurato la protezione dell'ambiente come derivante dai diritti alla vita privata e familiare e alla salute¹⁵.

Allo stesso modo, la Consulta italiana ha dimostrato di essere consapevole dell'importanza dei diritti contenuti nei novellati Artt. 9 e 41 della Costituzione attraverso una decisione emessa nel giugno 2024¹⁶. In particolare, in tale sentenza, la Corte Costituzionale ha ritenuto che le misure governative che richiedono il proseguimento di attività produttive di importanza strategica per l'economia nazionale o per salvaguardare i livelli di occupazione – nonostante il sequestro di impianti disposto dall'Autorità Giudiziaria a causa della mancanza delle necessarie garanzie per la tutela della salute e dell'ambiente – siano costituzionalmente legittime soltanto per il tempo strettamente necessario a completare le indispensabili misure di

¹⁴ ECHR, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland* [GC] - 53600/20, 9 Aprile 2024.

¹⁵ ECHR, *Environment and the European Convention on Human Rights*, 2024 <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_environment_eng> consultato il 7 febbraio 2025.

¹⁶ Corte Costituzionale, sentenza 7 maggio 2024, n. 105. Si vedano anche Roberto Bin, 'Il "caso Priolo": scelta politica vs. bilanciamento in concreto (in margine alla sent. 105/2024)' (2024) III Consulta Online 1058-1062; ASViS, *La Corte Costituzionale emette la prima storica sentenza ambientale*, 28 giugno 2024, <<https://asvis.it/notizie-sull-alleanza/19-20927/la-corte-costituzionale-emette-la-prima-storica-sentenza-ambientale>> consultato il 7 febbraio 2025.

adeguamento ambientale. Siffatto giudicato, peraltro, da un punto di vista teorico, trova fondamento nelle conclusioni delle teorie elaborate dalla cosiddetta *law & economics*¹⁷.

Ciò che emerge dalla disamina appena effettuata è una continua tensione tra sostenibilità e mercato, poiché la sostenibilità appare di primo acchito come un contrappeso alla possibilità di massimizzare il profitto che l'attività di impresa può conseguire. Ciò si lega alla concezione di concorrenza nel mercato.

3. La concorrenza come “mano invisibile” del mercato

La concorrenza diviene essenziale nella presente disamina tanto a livello concettuale quanto regolamentare. Sotto il primo punto di vista, essa può essere definita come *la possibilità per ciascuno di cogliere le migliori opportunità disponibili sul mercato, o proporre nuove opportunità, senza imposizioni da parte dello Stato o vincoli imposti da coalizioni d'impresa*¹⁸. Tale definizione, che fa riferimento al concetto puro di concorrenza, mette in risalto l'aspetto della concorrenza come libertà da costrizioni, della concorrenza come *rivalità*, dove l'impresa migliore *sconfiggerà* le concorrenti e si accaparrerà la conseguente parte di profitto. Intendendo la concorrenza in tal senso, possono risultare maggiormente profittevoli imprese che si rendono “efficienti” snellendo la forza lavoro (con la conseguente disoccupazione), piuttosto che investendo minori risorse nell'uguaglianza sociale (tramite le politiche salariali) e nella tutela dell'ambiente. Questo modello di concorrenza può essere ricondotto ad un'impostazione economica incentrata sulla deregolazione, sul *laissez-faire*, e può senza dubbio portare a risultati molto positivi per le imprese “vincitrici” nel confronto concorrenziale¹⁹. Tuttavia, le esternalità negative che un siffatto modello porta con sé sono innumerevoli e sono

¹⁷ Si vedano, *inter alia*, Guido Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile* (prima pubblicazione 1970, Giuffrè 2015); Paolo Gallo, *Introduzione al diritto comparato. Volume III. Analisi economica del diritto* (Giappichelli 2017).

¹⁸ Enciclopedia Treccani, voce *Concorrenza*.

¹⁹ Ariel Ezrachi, *Competition and Antitrust Law. A Very Short Introduction* (Oxford University Press 2021) 4-12. Per una visione comparata degli obiettivi dei vari sistemi di diritto della concorrenza, si veda *Ibid.*, 28-37.

riassumibili nelle problematiche sociali menzionate nella parte iniziale del presente contributo e, in generale, ricadono in una più generale “mancanza di sostenibilità” dell’attività di impresa, che si può riassumere, secondo un’efficace distinzione proposta da Ezrachi e Stucke, nel concetto di “concorrenza tossica”²⁰. Cosa può perciò trasformare la concorrenza in positiva da un punto di vista concettuale? Il rendere il perseguitamento dell’efficienza e del profitto un fine, ma non l’unico della competizione tra imprese, dove non sono soltanto il risultato economico o il prezzo i parametri da tenere in considerazione. Infatti, un’impresa può proporre sul mercato un prodotto molto poco costoso (si pensi al caso, ormai molto dibattuto a livello giornalistico, e non solo, del cosiddetto “fast fashion”²¹), ma che involge lo sfruttamento di lavoro a basso costo, scarse precauzioni dal punto di vista della sicurezza e della qualità sul lavoro, nonché un livello di sostenibilità ambientale pressoché nullo, il tutto controbilanciato da alti profitti²². Se si considera il modello “tossico” della concorrenza, questo sarebbe un perfetto esempio di efficienza economica. Pertanto, per trasformare – sempre secondo la tassonomia sopra presa come riferimento – la concorrenza da “tossica” a “nobile”²³, è necessario che il profitto sia solamente *uno soltanto* dei vari fini da essa perseguiti. In tal senso è quindi necessario addivenire a un approccio che altrove è stato definito come “multi-valoriale” al diritto della concorrenza²⁴, dove aspetti come la sostenibilità ambientale e l’impatto sociale del comportamento delle imprese sul mercato siano tenuti in considerazione.

La domanda che sorge spontanea a questo punto è se, viste le prescrizioni normative di rango costituzionale che sono state enucleate *supra*, ciò non sia già una realtà. Il

²⁰ Maurice Eitel Stucke e Ariel Ezrachi, *Competition Overdose. How Free Market Mythology Transformed Us from Citizen Kings to Market Servants* (HarperCollins 2020), diffusamente e 254-255.

²¹ Michelle Meagher, *Competition is Killing Us* (Penguin 2020) IX-XI, 147-151.

²² Joseph Stiglitz, “Towards a broader view of competition policy”, in Tembinkosi Bonakele, Eleanor Fox, Liberty Mncube (a cura di), *Competition policy for the new era: Insights from the BRICS Countries* (Oxford University Press 2017) 4.

²³ Stucke e Ezrachi (n. 20) 255-291.

²⁴ Andrea Piletta Massaro, ‘Il diritto della concorrenza tra obiettivi di policy e proposte di riforma: verso un approccio multi-valoriale’ (2021) 0 La Cittadinanza Europea Online 115-140.

fatto che queste tematiche siano di particolare interesse, nonché la presenza reale dei profili di assenza di sostenibilità summenzionati non possono che portare a una risposta negativa, o, per lo meno, parzialmente tale. Storicamente, infatti, il diritto della concorrenza moderno nasce dapprima in Inghilterra come contrasto ai monopoli statali, come testimoniato dal celebre *Case of Monopolies* deciso nel 1602²⁵ e dal successivo *Statute of Monopolies 1623*²⁶. Mentre quest'ultimo rendeva i monopoli contrari alla legge, rendendoli automaticamente nulli, nel primo si affermava che i monopoli conducono ad un aumento del prezzo, *mentre il bene in oggetto non è più di buona fattura come lo era precedentemente, con la conseguenza di un impoverimento per coloro che crearono tale bene con il proprio lavoro manuale*²⁷.

In seguito alla rivoluzione industriale, soprattutto nel sistema economico americano, il diritto *antitrust* divenne il baluardo per contrastare l'eccessivo potere di mercato acquisito dalle *corporations private*²⁸. Evocativo è il discorso del Senatore Sherman durante i lavori parlamentari per l'approvazione del testo legislativo che porta il suo nome: *If we will not endure a king as a political power, we should not endure a king over the production, transportation, and sale of any of the necessities of life. If we would not submit to an emperor, we should not submit to an autocrat of trade*²⁹.

Tuttavia, in seguito si sono succedute interpretazioni “concorrenti” del diritto della concorrenza: in particolar modo, nel periodo fondativo e fino a circa gli anni ‘60 del secolo scorso, è prevalse un’interpretazione di carattere più strutturale, che prendeva in considerazione svariati valori nella decisione dei casi sottoposti alla decisione delle

²⁵ Queen’s Bench, 1602, *Darcy v. Allen (The Case of Monopolies)*, (1602) 77 E.R. 1260.

²⁶ Tim Wu, *The Curse of Bigness* (prima pubblicazione 2018, Atlantic Books 2020) 54; Ioannis Lianos, Valentine Korah, Paolo Siciliani, *Competition Law* (Oxford University Press 2019) 52.

²⁷ (1602) 77 E.R. 1260, a 1263. Si vedano anche Lianos, Korah, Siciliani (n. 26) 52; Elias Deutscher, *Competition Law and Democracy* (Cambridge University Press 2024) 120-121.

²⁸ Giuliano Amato, *Il potere e l’antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato* (Il Mulino 1998) 13.

²⁹ Si veda <<https://www.justice.gov/archives/opa/speech/attorney-general-eric-holder-speaks-sherman-act-award-ceremony>> consultato il 7 febbraio 2025; <<https://www.acm.nl/en/publications/blog-martijn-snoep-big-companies-big-risks>> consultato il 7 febbraio 2025.

Autorità e delle Corti competenti³⁰. Ad ogni modo, proprio come reazione ad un diritto *antitrust* “irrazionale” e troppo annacquato dai valori più diversi, si è susseguentemente sviluppato un approccio molto più legato al solo concetto di efficienza e di risultato economico, promosso dalla cosiddetta Scuola di Chicago³¹. Tale influenza, che ha dapprima caratterizzato il sistema statunitense, è poi giunta anche in Europa, senza tuttavia essere contraddistinta dagli eccessi dell’interpretazione d’oltreoceano, che ha in parte “disinnescato” buona parte del potenziale del diritto *antitrust*, determinando un’applicazione molto più blanda di tali regole³².

Ad ogni modo, proprio la mancanza di sostenibilità – sotto tutti i punti di vista analizzati – della società contemporanea, ha portato ad una rivisitazione del ruolo che il diritto della concorrenza deve svolgere nel mercato, al fine di promuovere valori che non sono solamente quelli della pura efficienza economica. Infatti, nel dibattito europeo in materia di diritto della concorrenza ha preso molto abbrivio il concetto di *fairness*, che ha caratterizzato, dal punto di vista concettuale, i due mandati ricoperti a capo del DG COMP della Commissione Europea da Margrethe Vestager³³. Allo stesso nodo, la nomina di Lina Khan³⁴ al vertice della Federal Trade Commission (FTC) statunitense da parte dell’ex Presidente Joe Biden hanno impresso una svolta simile anche nel contesto d’oltreoceano, dopo decenni dominati dalle teorie dei

³⁰ Jonathan B. Baker, *The Antitrust Paradigm. Restoring a Competitive Economy* (Harvard University Press 2019) 39-41.

³¹ Bork (n. 9).

³² Wu (n. 26) 87.

³³ Margrethe Vestager, *Fairness and Competition Policy*, discorso tenuto all’European Competition Day 2022, Praga, 10 ottobre 2022, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_22_6067> consultato il 7 febbraio 2025; Sandra Marco Colino, *The Antitrust F Word: Fairness Considerations in Competition Law*, The Chinese University of Hong Kong research paper no. 2018, 09; Doris Hildebrand, ‘The Equality and Social Fairness Objectives in EU Competition Law: The European School of Thought’ (2017) 1 Concurrences; Damien Gerard, Assimakis Kominios, Daniel Waelbroeck (a cura di), *Fairness in EU Competition Policy: Significance and Implications* (Bruylants 2020).

³⁴ Autrice, *inter alia*, del celebre ‘The Amazon’s Antitrust Paradox’ (2017) 126 The Yale Law Journal 710.

cosiddetti *Chicago Boys*³⁵. Anche il mutato contesto geopolitico mondiale, con una sorta di tramonto del commercio internazionale come era stato conosciuto negli ultimi decenni³⁶, ha fatto riscoprire la necessità di una ridotta *deregulation* in certi contesti di mercato, anche con riferimento, citando l'ultimo discorso del Presidente Biden alla Casa Bianca, al formarsi di oligarchie (chiaramente dovute all'accrescimento smisurato di potere economico da parte di certi attori, che determina successivamente una traslazione di tale potere dal contesto di mercato a quello politico)³⁷.

Da un punto di vista comparatistico, se a livello diacronico l'inserimento di valori ultranei rispetto alla pura efficienza economica nella legislazione pro-concorrenziale risultava evidente dal tenore dei summenzionati *Case of Monopolies* e *Statute of Monopolies* inglesi, sotto una prospettiva sincronica l'Art. 2 del *Competition Act* sudafricano³⁸ enuclea gli scopi del medesimo, tra i quali si trovano: la promozione dell'impiego e il miglioramento del benessere sociale ed economico dei sudafricani, la garanzia che le piccole e medie imprese abbiano un'equa opportunità di partecipazione nel sistema economico, la promozione di una maggiore diffusione della proprietà, in special modo tra i gruppi storicamente più svantaggiati. Tali valori e finalità si affiancano a quelli di carattere più squisitamente economico, come la riduzione dei prezzi, l'aumento della

³⁵ Si veda l'Executive Order n. 14036 (*Promoting Competition in the American Economy*) firmato il 9 luglio 2021 dal Presidente Joe Biden <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2021-07-14/pdf/2021-15069.pdf>> consultato il 7 febbraio 2025.

³⁶ Si vedano, *inter alia*, Jon-Arild Johannessen, *Deglobalization. China-US Rivalry in the Innovation Economy* (Routledge 2023); Fikret Čaušević, *Deglobalization, Financial Inequality, and the Green Economy* (Routledge 2023); Peter A. G. van Bergeijk, 'Deglobalization: three scenarios' (2025) Cambridge Journal of Regions, Economy and Society 157-166; Nadia Zahoor, 'De-globalization, International Trade Protectionism, and the Reconfigurations of Global Value Chains', (2023) 63 Management International Review, 823-859; Geoffrey Jones e Valeria Giacomin, 'Deglobalization and Alternative Futures', Harvard Business School Technical Note 322-088, 2022.

³⁷ *Biden warns of ultra-wealthy 'oligarchy' threatening US democracy in farewell address to the nation*, Euronews, 16 gennaio 2025, <<https://www.euronews.com/2025/01/16/biden-warns-of-ultra-wealthy-oligarchy-threatening-us-democracy-in-farewell-address-to-the>> consultato il 6 febbraio 2025; *Biden warns that an oligarchy is forming that threatens US democracy*, Reuters, 16 gennaio 2025, <<https://www.reuters.com/world/us/biden-bids-farewell-oval-office-trump-looms-over-his-legacy-2025-01-15/>> consultato il 6 febbraio 2025.

³⁸ *Competition Act* 89 of 1998, <<https://www.compc.com.co.za/wp-content/uploads/2021/03/Competition-Act-A6.pdf>> consultato il 6 febbraio 2025.

scelta di prodotti e lo stimolo all'efficienza economica. Allo stesso modo, è bene notare come tra gli scopi che si prefigge la legge annuale italiana per il mercato e la concorrenza, il Governo Italiano cita *concorrenza e valori sociali: promuovere dinamiche competitive per assicurare la protezione di diritti e interessi anche non economici dei cittadini, con particolare attenzione ai servizi pubblici, alla sanità e all'ambiente*³⁹. Ciò dimostra un cambio di paradigma nel diritto della concorrenza, dopo anni trascorsi ad inseguire quello che è stato definito come un “approccio maggiormente economico”⁴⁰. Infatti, in linea con il sopra citato Art. 7 TFUE, il diritto della concorrenza non può essere un settore *absolutum* nel contesto delle varie politiche europee (e non solo), ma deve porsi in un rapporto di coerenza con tutti i valori che fanno parte dell'economia sociale di mercato dell'Unione e dei valori fondanti i vari sistemi costituzionali. In altre parole, anche il diritto della concorrenza deve essere “multi-valoriale” o comunque “sostenibile”⁴¹.

4. Il ruolo del diritto della concorrenza per una società più sostenibile

Come precedentemente analizzato, se dapprima il diritto della concorrenza sembrava non essere al centro del dibattito riguardante la sostenibilità, soprattutto di carattere ambientale, ora tale paradigma è stato completamente rovesciato e si è riscoperta la natura più olistica della materia oggetto del presente contributo⁴².

4.1 La sostenibilità istituzionale

Ad ogni modo, se gli aspetti riguardanti la sostenibilità sociale e ambientale verranno analizzati più nel dettaglio *infra*, un cenno è necessario con riferimento a quella che è

³⁹ <<https://www.italiadomani.gov.it/content/sogei-ng/it/it/Interventi/riforme/riforme-abilitanti/la-legge-annuale-per-il-mercato-e-la-concorrenza.html>> consultato il 6 febbraio 2025.

⁴⁰ Mario Monti, *Competition for Consumers' Benefit*, discorso tenuto all'European Day, Amsterdam, 22 ottobre 2004, <https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2004_016_en.pdf> consultato il 2 maggio 2021; Wouter Wils, ‘The Judgement of the EU General Court in Intel and the So-Called More Economic Approach to Abuse of Dominance’ (2014) 37 World Competition 405.

⁴¹ Pileta Massaro (n. 24).

⁴² Ibid.; Ioannis Lianos, ‘Competition Law as a Form of Social Regulation’ (2020) 65 The Antitrust Bulletin 3; Ioannis Lianos, *Polycentric Competition Law*, UCL research paper no. 4/2018.

stata definita come sostenibilità istituzionale. Con riferimento al diritto della concorrenza, tale concetto può essere declinato in due sottoinsiemi: il primo fa riferimento al diritto della concorrenza come strumento per mantenere sostenibili le istituzioni (intese come sistema) poste alla base delle nostre società, mentre il secondo riguarda la sostenibilità istituzionale degli attori che sono chiamati ad applicare le regole di concorrenza.

Con riferimento al primo aspetto, questo si lega in maniera indissolubile ai concetti di sostenibilità ambientale e sociale, anzi, ne è una diretta conseguenza. Infatti, mutuando per analogia e applicando al settore in esame la già menzionata teoria esposta da Giovannini⁴³, un livello di “insostenibilità” ambientale e sociale oltre quelli che possono essere i naturali punti di rottura può portare a conseguenze negative sulla tenuta stessa degli attuali sistemi, e la storia è piena di esempi. Si tratta ora evitare una versione moderna dell'anaclosi Polibiana⁴⁴. In altre parole, sono necessarie politiche volte a scongiurare un punto di rottura di tipo sociale o ambientale, a cui conseguirebbe una crisi di carattere istituzionale. *Infra* si vedrà il contributo che il diritto della concorrenza potrà fornire a tale scopo.

L’altro profilo di sostenibilità istituzionale del diritto della concorrenza riguarda la possibilità delle Autorità deputate alla sua applicazione di svolgere il proprio compito in modo effettivo ed efficace. Ciò implica la necessità di fornire a dette Autorità un adeguato livello di personale, un budget sufficiente per i compiti da svolgere (soprattutto se si pensa che alcune indagini, specialmente nei mercati digitali, sono condotte contro imprese dalle risorse finanziarie pressoché illimitate, come i cosiddetti *tech giants*), nonché stringenti requisiti di indipendenza e regole volte ad evitare la cattura di tali enti o anche solamente di parte del personale addetto (ad esempio, attraverso il fenomeno delle cosiddette “sliding doors”). Ad un contesto normativo precedentemente meno chiaro e omogeneo ha posto rimedio l’adozione della Direttiva 1/2019 (Direttiva ECN+)⁴⁵, la quale stabilisce taluni criteri organizzativi,

⁴³ Giovannini (n. 7).

⁴⁴ Polibio, *Storie*.

⁴⁵ 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

procedurali e volti a preservare l'indipendenza delle Autorità garanti della concorrenza di tutti gli Stati membri dell'Unione, nonché – in ottica comparata – a fornire un valido modello per gli Stati che intendono sviluppare o rafforzare i propri sistemi di diritto della concorrenza.

4.2 La sostenibilità sociale

Il diritto della concorrenza, come anticipato, nasce come argine al potere economico eccessivo degli attori attivi sul mercato. Ciò in quanto, come è stato brillantemente esplicitato dagli studiosi ordoliberali, un potere economico eccessivo può facilmente traslarsi in potere politico, o comunque in influenza determinante su quest'ultimo⁴⁶. Gli esempi storici sono innumerevoli e ai componenti della Scuola di Friburgo era particolarmente (e tristemente) noto quello riguardante il regime hitleriano, con il supporto ricevuto dalle grandi corporazioni tedesche⁴⁷. Proprio prendendo spunto da tale esperienza, i pensatori della Scuola di Friburgo proposero un “ordine” nel quale un ruolo particolare doveva essere svolto da quella che venne definita “costituzione economica”, e nella quale giocava un ruolo preponderante il diritto della concorrenza, proprio allo scopo di evitare eccessive concentrazioni di potere economico, con i conseguenti possibili influssi negativi sul piano politico⁴⁸. I medesimi ordoliberali avevano ben presente, vista proprio l'esperienza storica di cui si è detto, anche l'aspetto – nella seconda accezione appena analizzata – della sostenibilità istituzionale, in quanto ritenevano necessaria la presenza di uno stato forte, che non potesse essere soggetto alla cattura dei grandi gruppi imprenditoriali e che fosse fermo

e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno, pubblicata in GU L 11 del 14 gennaio 2019, 3-33.

⁴⁶ Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe* (n. 11) 249-250; Werner Bonefeld, ‘Freedom and the Strong State: On German Ordoliberalism’ (2012) 17 *New Political Economy* 633.

⁴⁷ T. Wu (n. 26), 35-38; Maxine Y. Sweezy, *The Structure of the Nazi Economy* (Harvard University Press 1941) 27-28

⁴⁸ Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe* (n. 11) 246, 255-256; Christian Ahlborn e Carsten Grave, Walter Eucken and Ordoliberalism: An Introduction from a Consumer Welfare Perspective, ‘Walter Eucken and Ordoliberalism: An Introduction from a Consumer Welfare Perspective’ (2006) 2 *Competition Policy International* 202-203.

nell'applicazione delle regole di concorrenza parte della costituzione economica⁴⁹. Chiaramente, siffatta riflessione traeva storicamente spunto dalla debolezza istituzionale della Repubblica di Weimar, che ha poi portato all'avvento del nazionalsocialismo in Germania⁵⁰.

Sul piano più prettamente sociale, gli ordoliberali sostenevano – con un'eco in Italia rappresentata da Luigi Einaudi – quella che può essere definita (einaudianamente, appunto) come egualanza dei punti di partenza⁵¹. In termini pratici ciò significa che il diritto della concorrenza dovrebbe innanzitutto promuovere l'accesso al mercato, quella che in termine tecnico viene definita come *contestability* del mercato stesso. Di conseguenza, il mercato dovrebbe essere aperto all'ingresso di ogni nuovo attore, indipendentemente dal proprio potere economico. Successivamente, prevarrà quello che riceverà il favore del mercato stesso, sulla base dei propri meriti (*competition on the merits*), quali prezzi migliori, qualità superiore, servizi accessori apprezzati dai consumatori, design, etc. Ciò significa che il diritto della concorrenza dovrebbe ridurre al minimo le cosiddette “barriere all'ingresso” e favorire la creazione di un mercato (e, di conseguenza, di una società) fondato sulla pluralità degli attori in esso attivi e del pluralismo dei prodotti offerti. Ciò non potrà, per motivi pratici, ammontare a quella che viene definita come “concorrenza perfetta” (che è perlopiù un paradigma puramente teorico utilizzato come punto di riferimento), ma sarà certamente un ottimo regime di “workable competition”, ovvero di concorrenza effettiva sul mercato⁵². In un siffatto sistema, le risorse sono distribuite secondo i meriti e le scelte (razionali e consapevoli) dei consumatori, con impatti positivi anche dal punto di vista sociale, essendo la ricchezza distribuita in modo equo e abbastanza diffuso. Tuttavia, quando il meccanismo finora delineato viene meno, si possono creare posizioni di oligopolio o monopolio non basate sul merito e che portano ad un sistema che non risulta più essere sostenibile dal punto di vista sociale. Infatti, come è stato esposto in apertura del presente contributo, la ricchezza diviene maggiormente

⁴⁹ Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe* (n. 11) 245.

⁵⁰ Ibid., 134-135.

⁵¹ Luigi Einaudi, *Lezioni di politica sociale* (Einaudi 1949) 169-246.

⁵² Alison Jones, Brenda Sufrin, Niamh Dunne, *Jones & Sufrin's EU Competition Law* (Oxford University Press 2023) 29.

concentrata, con un impoverimento generale, e anche le istituzioni democratiche ne soffrono, tanto per i meccanismi, più o meno occulti, di influenza (*lobbying*), quanto per una marcata assenza di pluralismo⁵³, nonché per un deterioramento delle condizioni lavorative, generalmente dovuto a condizioni di monopsonio sempre dovute alla concentrazione di potere di mercato dal lato datoriale⁵⁴.

Le dinamiche appena descritte risultano particolarmente evidenti nei mercati digitali, dominati da pochi *gatekeepers* e che si sono resi, negli anni, immuni – dal punto di vista pratico – alle sanzioni *antitrust*⁵⁵. Infatti, spesso le sanzioni giungo al termine di un lungo procedimento che, nel momento un cui si conclude, non ha più l'impatto atteso, in quanto le condizioni di mercato sono profondamente mutate (generalmente in favore del monopolista o degli oligopolisti). Inoltre, le sanzioni pecuniarie previste dalla normativa posta a tutela della concorrenza, se sono generalmente efficaci, non lo sono nei confronti di queste imprese, che hanno raggiunto livelli di potere economico tali per cui sanzioni pecuniarie anche miliardarie non risultano più effettive, divenendo esse un puro costo calcolato al fine di accrescere sempre di più il proprio potere di mercato, a discapito dell'intera società, in quanto la ricchezza – bene limitato – viene sempre più concentrata verso l'alto e sempre meno distribuita.

Chiaramente, non è questa la sede – essendo già stato svolto altrove⁵⁶ – per analizzare i vari interventi legislativi emanati per cercare di arginare il potere economico dei vari attori presenti sul mercato, in specie i giganti tecnologici. Lo scopo preponderante della riflessione attuale è collegare società, potere di mercato e diritto della concorrenza alla luce di quanto esposto nel presente paragrafo. Ciò che risulta

⁵³ Ariel Ezrachi and Maurice Eitel Stucke, Written Statement for the Record by Maurice E. Stucke and Ariel Ezrachi for a hearing before the U.S. House Judiciary Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law, 2019, 19 <<https://www.congress.gov/116/meeting/house/110098/documents/HHRG-116-JU05-20191018-SD010.pdf>> consultato il 7 febbraio 2025.

⁵⁴ Eric A. Posner, *How Antitrust Failed Workers* (Oxford University Press 2021).

⁵⁵ Friso Bostoen e David Van van Wamel, ‘The Digital Markets Act: A partial solution to antitrust’s remedy problem’ (2024) 61 Common Market Law Review 1575-1576.

⁵⁶ Andrea Piletta Massaro, ‘The Rising Market Power Issue and the Need to Regulate Competition: A Comparative Perspective Between the European Union, Germany, and Italy’ (2022) 29 Concorrenza e Mercato 13.

evidente è come la sostenibilità sociale dell'attuale sistema economico non possa prescindere da un'applicazione rigorosa delle regole di concorrenza, pur non essendo queste ultime l'unico strumento o la soluzione ad ogni problematica. Tuttavia, favorendo l'ingresso nel mercato ed evitandone la dominazione da parte di uno o più attori, il diritto della concorrenza contribuisce a monte ad una redistribuzione della ricchezza, così riducendo i tassi di diseguaglianza e povertà e, di conseguenza, aumentando la sostenibilità sociale⁵⁷. Quest'ultima, garantendo maggiori possibilità di spesa e scelta ai consumatori, tra una varietà di prodotti maggiormente innovativi in un mercato con un più alto grado concorrenziale, porta anche ad un accrescimento del tasso di sostenibilità ambientale del mercato.

4.3 La sostenibilità ambientale

La sostenibilità ambientale non sembra il campo di elezione per l'intervento del diritto della concorrenza, eppure il legame tra questi due concetti si è sempre maggiormente accresciuto⁵⁸, sotto svariati profili, che verranno ora illustrati.

L'aspetto sotto il quale il diritto della concorrenza può fornire il maggiore contributo in termini di sostenibilità ambientale potrebbe quasi sembrare ossimorico, in quanto si tratta della possibilità, per le imprese, di accordarsi al fine di concepire e commercializzare prodotti maggiormente sostenibili. Infatti, la creazione di un prodotto innovativo si scontra con quello che viene definito “first mover disadvantage”, ovvero così come tale prodotto potrebbe essere un successo e conquistare totalmente il mercato di riferimento, esso potrebbe essere un totale fallimento, con la conseguente ingente perdita dovuta alla ricerca svolta in fase di elaborazione del prodotto e alla conseguente (infruttuosa) commercializzazione⁵⁹. Pertanto, le imprese potrebbero essere restie a sviluppare prodotti maggiormente

⁵⁷ Ariel Ezrachi, Amit Zac, Christopher Decker, ‘The effects of competition law on inequality – an incidental by-product or a path for societal change?’ (2023) 11 *Journal of Antitrust Enforcement* 51.

⁵⁸ Andrea Piletta Massaro, ‘Back to the Treaties: Towards a ‘Sustainable’ Competition Law’ (2023) 25 *Revija za Evropsko Pravo* 13; Simon Holmes, ‘Climate change, sustainability and competition law’ (2020) 8 *Journal of Antitrust Enforcement* 354; Simon Holmes, Suzanne Kingston, Frans Timmermans, Dirk Middelschulte, Martijn Snoep, *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability* (Concurrences 2021); Luca Calzolari, ‘Antitrust e ambiente: dall'approccio economico a quello ecologico?’, in Pietro Manzini (a cura di), *I confini dell'antitrust* (Giappichelli 2023), 44-47.

⁵⁹ Holmes (n. 58) 367.

sostenibili, a meno che non sia possibile farlo in maniera sinergica, in accordo con altre imprese (al fine di ridurre il rischio appena esposto), ma a questo punto il profilo problematico diventa quello di una possibile sanzione *antitrust*, ai sensi dell'Art. 101 TFUE. Pertanto, in siffatto contesto, il diritto della concorrenza è chiamato a mitigare la rigidità dell'applicazione delle regole in materia di intese al fine di favorire sinergie mirate allo sviluppo di soluzioni innovative dal punto di vista della sostenibilità ambientale. A tale scopo, dopo un primo momento in cui venivano prospettate interpretazioni permissive in ambito accademico⁶⁰, ma non vi era un'effettiva presa di posizione da parte della Commissione⁶¹, vari sforzi sono stati compiuti, in particolar modo attraverso l'emanazione della Comunicazione *Linee direttive sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*⁶². In essa vengono forniti chiarimenti circa due soluzioni già prospettate in dottrina circa l'esenzione *ex* Art. 101, paragrafo 3, TFUE (*accordi che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico*) degli "accordi di sostenibilità" (*sustainability agreements*)⁶³. Ciò era ritenuto necessario in quanto, in assenza di linee guida precise stabilite e indicate dalla Commissione, le imprese potevano ritrovarsi in una posizione di incertezza, che poteva spingerle ad abbandonare eventuali progetti volti alla realizzazione di prodotti maggiormente sostenibili per il timore di vedersi applicato l'Art. 101, paragrafo 1, TFUE.

Gli accordi di sostenibilità possono in un certo senso essere considerati come una reintroduzione degli accordi in materia di tutela ambientale presenti nelle linee guida

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ A parte le decisioni emanate nei seguenti casi: decisione 21 dicembre 1994, 94/986/EC, caso IV/34.252 – *Philips-Osram*, in particolare paragrafo 27; decisione 24 gennaio 1999, 2000/475/EC, caso IV.F.1/36.718 – *CECED*, in particolare paragrafi 55-57; decisione 17 settembre 2001, 2001/837/EC, caso COMP D3/34493 – *DSD*, in particolare paragrafo 148.

⁶² Comunicazione della Commissione, *Linee direttive sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale* (C/2023/4752), pubblicata in GU C 259 del 21 luglio 2023, 1-125.

⁶³ Ibid., punto 9.

del 2001⁶⁴ e poi espunti con la pubblicazione delle linee guida datate 2011⁶⁵. La Comunicazione della Commissione ha chiarito, dapprima, ciò che – in tale contesto – deve essere inteso per *congrua parte dell'utile che ne deriva* da riservarsi agli utilizzatori. In particolare, i consumatori ricevono una congrua parte dell'utile quando i benefici derivanti dall'accordo in oggetto superano il danno causato dal medesimo, in modo che il suo effetto complessivo sui consumatori nel mercato rilevante sia almeno neutro⁶⁶. Ciò significa, ad esempio, che se l'accordo comporta un aumento dei prezzi, i consumatori possono essere compensati attraverso un aumento in termini qualitativi o attraverso altri vantaggi. In tal senso, prezzi più elevati corrisposti dai consumatori possono riflettersi in maggiori benefici a lungo termine per la società.

In particolare, nel contesto di tali accordi, la Comunicazione ha delineato e definito tre particolari categorie di benefici che possono compensare un aumento di prezzo subito dai consumatori sul mercato rilevante:

- Benefici individuali legati all'uso (*individual use value benefits*): riguardano il miglioramento della qualità o della varietà dei prodotti derivante da efficienze qualitative o sotto forma di una diminuzione dei prezzi a seguito di efficienze in termini di costi⁶⁷;
- Benefici individuali non legati all'uso (*individual non-use value benefits*): comprendono l'apprezzamento dei consumatori durante il consumo di un prodotto sostenibile rispetto a uno non sostenibile, in quanto provoca un impatto meno negativo sugli altri (e, in questo caso, i consumatori potrebbero

⁶⁴ Comunicazione della Commissione — Linee diretrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale, pubblicato in GU C 3 del 6 gennaio 2001, 2-30.

⁶⁵ Comunicazione della Commissione — Linee diretrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, pubblicato in GU C 11 del 14 gennaio 2011, 1-72. Si veda, in particolare, la nota 14.

⁶⁶ Linee diretrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale (C/2023/4752), cit., 569. Si vedano anche Corte di Giustizia, sentenza 23 novembre 2006, causa C-238/05, *Asnef-Equifax*, paragrafo 72 (dove si sottolinea che è necessario [...] che sia favorevole l'impatto complessivo sui consumatori nei mercati in questione); sentenza 11 settembre 2014, causa C-382/12 P, *MasterCard Inc. et al. c. Commissione*, paragrafo 234.

⁶⁷ Ibid., 571-574.

anche essere disposti a corrispondere un corrispettivo maggiore per il prodotto)⁶⁸;

- Benefici collettivi (*collective benefits*): si verificano indipendentemente dall'apprezzamento individuale del prodotto da parte dei consumatori e si riverberano su una parte più ampia della società rispetto ai soli consumatori nel mercato rilevante⁶⁹.

La medesima Comunicazione specifica, peraltro, che il trasferimento del beneficio ai consumatori in seguito a un certo intervallo di tempo non esclude di per sé l'applicazione dell'Art. 101, paragrafo 3, TFUE. Tuttavia, maggiore è tale intervallo, maggiori devono essere gli incrementi di efficienza per compensare anche la perdita subita dai consumatori durante il periodo precedente detto trasferimento. Nell'effettuare questa valutazione, il valore dei benefici futuri deve essere adeguatamente attualizzato⁷⁰.

La Comunicazione, inoltre, riconosce poi una sottocategoria di tali accordi che possono contribuire all'adozione di standard di sostenibilità (accordi di normazione, ad esempio per eliminare alcuni prodotti o processi non sostenibili con la relativa alternativa sostenibile⁷¹), celando però alcune problematiche concorrenziali.

Pertanto, al fine di semplificare la conclusione di tali accordi (ovviamente qualora non viziati da *green-washing*), la Comunicazione enuclea sei condizioni cumulative al fine di rientrare nella cosiddetta “zona di sicurezza informale” (*soft safe harbour*)⁷²:

- Trasparenza, il che significa che tutti i concorrenti interessati devono essere in grado di partecipare al processo che porta alla selezione dello standard;

⁶⁸ Ibid., 575-581.

⁶⁹ Ibid., 582-589.

⁷⁰ Ibid., 591.

⁷¹ Ibid., 538.

⁷² Ibid., 549.

- Nessun obbligo di rispettare la norma per le imprese che non sono disposte a parteciparvi;
- Libertà di applicare standard di sostenibilità più elevati per le imprese che partecipano alla definizione dello standard, anche se possono essere imposti loro requisiti vincolanti al fine di garantire la conformità ad esso;
- Nessuno scambio di informazioni sensibili che non sono necessarie o proporzionate ai fini dello standard tra le imprese ad esso partecipanti;
- Deve essere garantito un accesso effettivo e non discriminatorio ai risultati del processo di definizione dello standard.

Inoltre, al fine di beneficiare di tale esenzione, le imprese devono rispettare anche almeno una delle seguenti due condizioni⁷³:

- Lo standard non deve comportare un aumento significativo del prezzo o una riduzione significativa della qualità dei prodotti in questione;
- La quota di mercato aggregata delle imprese partecipanti non deve superare il 20% su qualsiasi mercato rilevante interessato dallo standard.

Il mancato rispetto di una di queste condizioni non comporta una presunzione di anticoncorrenzialità degli accordi in questione, ma, non applicando il *safe harbour*, ciò rende necessaria una normale valutazione dell'accordo ai sensi dell'Art. 101, paragrafo 1, TFUE⁷⁴.

Sotto la prospettiva dell'Art. 102 TFEU, ovvero del divieto di abuso di posizione dominante, i profili di sostenibilità ambientale si legano perlopiù agli incentivi o disincentivi che la pressione concorrenziale fornisce in termini di stimolo all'innovazione. Infatti, è ben noto secondo le teorie economiche che tale rapporto assume la forma di una U rovesciata, dove ad un eccessivo grado di concorrenza l'innovazione non riesce ad esprimersi pienamente, ma anche dove in presenza di una quasi assente concorrenza l'impresa monopolista o le imprese in posizione di oligopolio non hanno uno stimolo ad innovare, o comunque sono portate a farlo più

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid., 552.

lentamente⁷⁵. Al contrario, un livello “salutare” di concorrenzialità sul mercato non può far altro che stimolare l’innovazione, in quanto essa risulta essere l’unico mezzo per poter rimanere sul mercato, offrendo via via ai consumatori prodotti sempre più innovativi e qualitativamente validi. Da ciò risulta evidente come l’abuso di una posizione dominante non possa fare altro che diminuire il grado di innovatività nel mercato e, di conseguenza, di sostenibilità. Infatti, l’impresa monopolista non è sottoposta alla pressione concorrenziale che la porta tanto a lanciare prodotti più sostenibili sul mercato, quanto ad adottare mezzi e processi di produzione più attenti ai profili legati alla sostenibilità ambientale. Pertanto, un’applicazione rigorosa e severa dell’Art. 102 TFUE, oltre ad essere positiva – come si è visto in precedenza – dal punto di vista della sostenibilità sociale, non può che favorire anche la transizione ecologica⁷⁶. Ciò è stato peraltro confermato dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella decisione *Android Auto/EnelX*⁷⁷, dove si è affermato che il danno causato da Google all’app JuicePass sviluppata da EnelX (esclusa dalla piattaforma Android Auto) avrebbe causato un impatto negativo alla transizione verso i veicoli elettrici, privando i consumatori dei benefici che avrebbe loro portato l’utilizzo dell’app JuicePass⁷⁸.

5. Conclusione

La sostenibilità, intesa in tutte le sue accezioni, rappresenta probabilmente la maggiore sfida che l’umanità è chiamata ad affrontare nel prossimo futuro. Si tratta, soprattutto

⁷⁵ Philippe Aghion, Nick Bloom, Richard Blundell, Rachel Griffith, Peter Howitt, ‘Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship’ (2005) 120 *The Quarterly Journal of Economics* 701-728. Sull’intersezione tra concorrenza e innovazione si veda anche Viktoria HSE. Robertson, *Competition Law’s Innovation Factor. The Relevant Market in Dynamics Context in the EU and the US* (Hart Publishing 2020).

⁷⁶ Holmes (n. 58) 384-387.

⁷⁷ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, decisione 27 aprile 2021, caso A529, *Enel X – Auto*, <[https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/D7C5BF86903B8387C12586D800495AB1/\\$File/p29645.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/D7C5BF86903B8387C12586D800495AB1/$File/p29645.pdf)> consultato il 6 febbraio 2025.

⁷⁸ Ibid., punto 387.

con riferimento alla sostenibilità ambientale, di una problematica che può essere definita come vitale per la sussistenza stessa della nostra specie sul pianeta che occupiamo. Autori come Diamond⁷⁹ hanno sottolineato che lo sfruttamento massivo delle risorse naturali di un dato ambiente può portare alla fine di una determinata civiltà. Purtroppo, e non è una bella notizia, la globalizzazione ha “globalizzato” anche gli effetti della rincorsa alle risorse naturali e allo sfruttamento del pianeta, al punto che soltanto una risposta comune – che purtroppo pare essere ben lungi dall’essere attuata nel panorama geopolitico corrente⁸⁰ – può portare ad una soluzione effettiva del problema e non solamente a vaghi proclama.

Il diritto della concorrenza, così come altri settori e discipline, è chiamato a fare la propria parte, soprattutto per fornire alle imprese un quadro normativo adeguato e chiaro – nonché supportato dall’assistenza fornita in tal senso dalle varie Autorità garanti⁸¹ – nel quale muoversi al fine di produrre beni maggiormente sostenibili da punto di vista ambientale. Inoltre, la normativa *antitrust* deve giocare un ruolo fondamentale nella sfida collegata di creare una società più giusta ed equa, dove la ricchezza sia distribuita in modo più uniforme e in base ai meriti, non alle posizioni di partenza. Questi due obiettivi, per l’appunto, non sono affatto indipendenti tra loro, ma, anzi, sono i due aspetti principali che già il Rapporto Brundtland poneva al centro della concezione di sostenibilità ivi delineata. Infatti, solamente una concorrenza “sana” e che permette il miglioramento degli individui in quanto tali e come attori presenti sul mercato può addivenire ad un sistema di economia di mercato veramente in linea con i valori espressi – e analizzati nel presente contributo – nelle varie Carte

⁷⁹ Jared Diamond, *Collaço* (Einaudi 2014).

⁸⁰ *Trump Orders a U.S. Exit From the World’s Main Climate Pact*, The New York Times, 20 gennaio 2025, <<https://www.nytimes.com/2025/01/20/climate/trump-paris-agreement-climate.html>> consultato il 6 febbraio 2025.

⁸¹ Oltre alla menzionata Comunicazione della Commissione: Competition & Markets Authority (Paesi Bassi), *Guidance on Environmental sustainability agreements and competition law*, 27 gennaio 2021, <<https://www.gov.uk/government/publications/environmental-sustainability-agreements-and-competition-law/sustainability-agreements-and-competition-law>> consultato il 6 febbraio 2025; Autorité de la concurrence (Francia), *Communiqué relatif aux orientations informelles de l’Autorité en matière de développement durable*, 27 maggio 2024, <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2024-05/20240527-communique-orientations-informelles-fr.pdf>> consultato il 6 febbraio 2025.

Costituzionali degli Stati membri e nei Trattati fondativi dell'Unione Europea. Quest'ultima è chiamata a ricoprire un ruolo di leadership in tale processo, ma questa posizione guida deve non essere solamente di tipo ideologico, ma anche pratico. Per fare ciò, l'Unione deve confermare e rafforzare la propria rilevanza nello scacchiere internazionale, accrescendo la propria competitività e la propria resilienza, così come chiaramente delineato nel Rapporto Draghi⁸², ancora una volta a dimostrazione che sostenibilità ambientale, sostenibilità sociale e mercato non sono concetti distinti, ma fanno parte di un unico concetto di sostenibilità che le Istituzioni, le imprese e i singoli cittadini sono chiamati a porsi come obiettivo primario. Solamente così sarà possibile continuare a rispettare e tenere saldo il contratto sociale posto alla base delle nostre società⁸³.

⁸² Mario Draghi, *The Future of European Competitiveness*, Part A, <https://commission.europa.eu/document/download/97e481fd-2dc3-412d-be4c-f152a8232961_en?filename=The%20future%20of%20European%20competitiveness%20 %20A%20competitiveness%20strategy%20for%20Europe.pdf> consultato il 7 febbraio 2025.

⁸³ Con riferimento al diritto della concorrenza si veda Michal Gal, "The Social Contract at the Basis of Competition Law. Should We Recalibrate Competition Law to Limit Inequality?", in Damien Gerard e Ioannis Lianos (a cura di), *Reconciling Efficiency and Equity. A Global Challenge for Competition Policy* (Cambridge University Press 2019) 88.

