

**CONCORRENZA: Autorità amministrative indipendenti - Autorità garante della concorrenza e del mercato - Misure cautelari ex art. 14 bis, l. n. 287/1990 - Natura e limiti - Posizione dominante - Sfruttamento abusivo – Individuazione - Rifiuti - Imballaggio - Costi - Criterio.**

**Cons. Stato, Sez. VI, 16 dicembre 2021, n. 8402**

1. “[...] l’Autorità procedente è abilitata ad adottare misure cautelari, assumendo una decisione dal contenuto corrispondente alle misure definitive suscettibili di essere disposte a conclusione del procedimento amministrativo.

Così come affermato in sede processuale, anche in ambito amministrativo, la tutela cautelare deve ritenersi strumentale alla tutela somministrabile con il provvedimento definitivo, non potendo disporsi misure provvisorie ulteriori o diverse rispetto al novero di misure adottabili con l’atto conclusivo del procedimento [...]”.

2. “[...] la nozione di "sfruttamento abusivo di posizione dominante" ai sensi dell'articolo 102 TFUE è una nozione oggettiva che riguarda i comportamenti di un'impresa in posizione dominante, i quali, su un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito, abbiano l'effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza” [...]”.

3. “[...] La disciplina della gestione dei rifiuti di imballaggio risulta ispirata ai principi di chi inquina paga e di responsabilità condivisa tra gli operatori economici.

Pertanto, occorre che i produttori sostengano i costi della raccolta differenziata, della valorizzazione e dell’eliminazione dei rifiuti in proporzione alla quantità degli imballaggi da ciascuno immessa sul mercato nazionale [...]”.

4. “[...] la pretesa del consorzio di filiera di gestire per intero i rifiuti di imballaggio, anche a fronte di produttori che abbiano aderito ad un sistema autonomo di gestione provvisoriamente riconosciuto, come tale abilitato ad operare sul mercato, integra una condotta anomala, incentrata su mezzi diversi da quelli su cui si basa la concorrenza normale tra servizi fondata sulle prestazioni degli operatori economici, idonea ad impedire lo sviluppo della concorrenza nel mercato, come tale suscettibile di dare luogo ad uno sfruttamento abusivo di una posizione dominante ex art. 102 TFUE [...]”.

## FATTO

1. Ricorrendo dinnanzi a questo Consiglio, il Consorzio Nazionale per la Raccolta, il Riciclo e il Recupero degli Imballaggi in Plastica – Corepla (per brevità, anche Corepla) appella la sentenza n. 8731 del 2020, con cui il Tar Lazio, Roma, ha rigettato il ricorso di primo grado diretto ad ottenere l’annullamento del provvedimento n. 27961 del 2019 (e dei relativi atti connessi), assunto dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (per brevità, anche Autorità o AGCM) nell’ambito del procedimento istruttorio A531.

Attraverso tale provvedimento l’Autorità ha disposto misure cautelari ex art. 14bis l. 287/1990 contro Corepla, giustificate da presunte condotte abusive tenute dal ricorrente, consistite nella creazione di ostacoli all’ingresso nel mercato nazionale della gestione dell’avvio a riciclo degli imballaggi primari in plastica - in cui Corepla avrebbe assunto una posizione dominante – opposti al sistema autonomo Coripet, riconosciuto provvisoriamente ex art. 221, comma 5, D. Lgs. n. 152 del 2006 con decreto ministeriale del 24.4.2018.

In particolare, secondo quanto dedotto in appello:

- Corepla è un consorzio di filiera per il recupero e riciclo di imballaggi in plastica facente parte del sistema Conai (Consorzio Nazionale Imballaggi);
- Coripet è, invece, un consorzio volontario cui aderiscono sia imbottigliatori di bottiglie e altri contenitori per il confezionamento dei propri liquidi alimentari, sia riciclatori italiani di PET abilitati alla produzione di materiale PET riciclato idoneo al diretto contatto alimentare; tale consorzio, autorizzato ad operare per un periodo sperimentale di due anni, successivamente prorogato fino al 30.6.2021 (con decreti ministeriali censurati in giudizio con separati ricorsi da Corepla e da Conai), mirava a gestire in via autonoma circa il 30% dei contenitori per liquidi PET immessi al consumo, sia attraverso eco-compattatori da installare prevalentemente presso la grande distribuzione organizzata su tutto il territorio nazionale, sia mediante la raccolta differenziata in convenzione con i Comuni, acquisendo quota parte dei rifiuti selezionati costituiti da bottiglie in PET prodotti dalla rete dei Centri di selezione operanti nella filiera organizzata da Corepla;
- l’Autorità intimata, su esposto di Coripet, ha avviato un procedimento istruttorio per l’accertamento dell’integrazione di un abuso di posizione di dominante e un sub procedimento per l’eventuale adozione ex art. 14 bis L. n. 287/1990 di misure cautelari;
- l’Autorità, in particolare, ha contestato a Corepla comportamenti asseritamente abusivi, tradottisi in una pretesa esclusiva sui rifiuti in plastica derivanti dalla RDU; nel rifiuto di collaborare con Coripet e di concludere con esso un “Accordo Ponte” per consentire al sistema autonomo Coripet di acquisire i rifiuti in PET nelle more della conclusione dell’accordo con ANCI; nell’imposizione di

clausole di esclusiva agli impianti di selezione (cd. CSS); nella messa all'asta di rifiuti in PET riferibili ai consorziati Coripet; nella diffida di Coripet ad astenersi dall'asta di febbraio 2019 per la vendita di volumi dei rifiuti in PET ritenuti di propria competenza; nonché nelle comunicazioni ai CSS e alla loro Associazione ASSOSELE con cui si denunciava l'invalidità di tale asta;

- all'esito del subprocedimento ex art. 14 bis L. n. 287/1990, l'Autorità ha assunto il provvedimento cautelare impugnato in prime cure, imponendo a Corepla: di modificare i contratti stipulati con ANCI e/o con i convenzionati (in specie, in relazione alla c.d clausola "*tutto o niente*"), nonché i contratti con i centri di selezione (CSS, con particolare riguardo alla clausola di esclusiva ivi contenuta); di cessare della gestione e, in specie, di mettere all'asta il materiale ritenuto di competenza di Coripet; di collaborare tecnicamente per risolvere le tematiche connesse all'ingresso nel mercato di Coripet; di mettere a disposizione fino al 24 aprile 2020 (con termine cessato con giugno 2020) su richiesta di Coripet, presso tutti i CSS, la quota parte dei rifiuti in PET di competenza di Coripet calcolati sulla base dell'immesso al consumo dei suoi consorziati; di imputare, entro il 29.2.2020 al sistema Coripet, ai fini del raggiungimento degli obiettivi di riciclo e recupero per l'anno 2019, le quantità di rifiuti derivanti da CPL PET immessi al consumo dai suoi Consorziati e gestiti da Corepla dall'1.2.2019;

- il provvedimento cautelare è stato impugnato da Corepla dinnanzi al Tar Lazio, Roma, con l'articolazione di plurime censure, integrate da successivi motivi aggiunti, dirette a dedurre l'insussistenza dei presupposti di *fumus* e *periculum* idonei a giustificare l'intervento in esame;

- il Tar ha rigettato il ricorso;

- sebbene le misure in esame siano state in gran parte eseguite, Corepla avrebbe comunque un interesse all'impugnazione, sia perché la situazione di fatto risulterebbe reversibile, sia per contestare l'erroneo giudizio del Tar.

2. Alla stregua di quanto emergente dalla sentenza gravata, in particolare, il Tar ha rigettato il ricorso, rilevando che:

- nella specie risultavano integrati i presupposti del *fumus boni iuris*, fondato non sull'acquisizione di prove certe e definitive, bensì sulla sussistenza di elementi dai quali fosse possibile desumere, con un sufficiente grado di attendibilità, la sussistenza di un comportamento nocivo per la concorrenza, nonché del *periculum in mora*, consistente nella individuazione di conseguenze irreversibili derivanti dal suddetto comportamento prima della conclusione del procedimento ex art. 14 bis L. n. 287/90;

- ai sensi dell'art. 221 D. Lgs. n. 152/06, ciascun Comune può decidere se gestire i rifiuti derivanti da imballaggi in proprio ovvero - come avviene nella quasi totalità dei casi - tramite il

convenzionamento consortile, fino ad ora gestito da Corepla in regime di monopolio. Tuttavia, l'ente locale non potrebbe far gestire a un certo consorzio la quota di rifiuti immessi al consumo da (e quindi riconducibili a) i produttori/utilizzatori consorziati di un diverso consorzio. Per l'effetto, come rilevato dall'Autorità, dovrebbe ritenersi che *“il COREPLA perda la legittimazione a gestire, oltre a quelli dei produttori ancora ad esso aderenti, anche i rifiuti riconducibili a consorziati che hanno lasciato il consorzio di filiera”*;

- pertanto, risultava integrata l'abusività della condotta di Corepla, che aveva tentato di ostacolare la stipulazione di un accordo tra ANCI e Coripet facendo valere la clausola in proprio favore del *“tutto o niente”* formulata nell'Accordo Quadro in termini che non consentivano al gestore della raccolta (convenzionato) di decidere unilateralmente di suddividere la stessa tra il consorzio di filiera e altri eventuali consorzi autonomi;

- parimenti corretta era la ricostruzione della condotta tenuta da Corepla estrinsecatasi nel rifiuto di negoziare un accordo ponte con Coripet al fine di consentire a quest'ultimo l'acquisizione dei rifiuti da imballaggi plastici in PET di propria competenza, non potendo al riguardo Corepla addurre a fondamento del rifiuto la circostanza per cui l'accordo non avrebbe garantito il requisito dell'autonomia del sistema di gestione, già valutata dal Ministero dell'Ambiente nel decreto di riconoscimento provvisorio;

- Corepla, inoltre, si avvantaggiava di clausole di esclusiva con i CSS e, di conseguenza, poneva all'asta anche i quantitativi di rifiuti da imballaggi plastici riferibili a produttori non aderenti a Conai, in assenza di alcuna giustificazione di tipo economico e giuridico, in contrasto con l'assunto secondo cui, a condizione che ai convenzionati fosse garantito quantomeno lo stesso introito pattuito con Corepla, il nuovo soggetto giuridico (Coripet) ha *“diritto a ottenere la quota parte di materiale di sua spettanza previo versamento ai convenzionati della propria quota parte di contributo per la raccolta differenziata”*, non essendo in proposito dirimente l'assenza di un accordo tra Coripet e ANCI;

- non risultavano fondate le censure di difetto di istruttoria e di motivazione, essendo stata la ricorrente posta in condizione di svolgere pienamente le proprie difese, nonché essendo state considerate e approfondite le posizioni dell'ANCI e degli enti locali, con l'adozione di un provvedimento finale costituente l'esito coerente dei risultati dell'attività istruttoria compiuta;

- doveva ravvisarsi, altresì, la legittimità delle misure imposte dall'Autorità, essendo infondate le censure di irragionevolezza, superfluità, sproporzionalità e anti concorrenzialità all'uopo svolte dalla parte ricorrente;

- la circostanza per cui il provvedimento impugnato non avesse dettagliatamente disposto circa il contenuto della documentazione e dei dati utili a misurare le rispettive quote di rifiuti e le relative compensazioni economiche era coerente con la natura cautelare del provvedimento adottato, che non poteva regolamentare anche tale aspetto dei rapporti tra i due operatori, alla cui autonomia era stata correttamente lasciata la fase concretamente applicativa delle misure.

3. La ricorrente in prime cure ha appellato la sentenza pronunciata dal Tar, deducendone l'erroneità con l'articolazione di plurimi motivi di impugnazione.

4. L'Autorità e il Consorzio Coripet si sono costituiti in giudizio, resistendo all'appello ed eccependone, oltre che l'infondatezza, in via pregiudiziale, l'inammissibilità/l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, in ragione della sopravvenuta adozione del provvedimento definitivo, emesso a conclusione del procedimento antitrust, con la conseguenza che il provvedimento impugnato in prime cure avrebbe esaurito i propri effetti giuridici.

5. In vista dell'udienza pubblica di discussione le parti hanno insistito nelle rispettive conclusioni con il deposito di memoria conclusionale; l'appellante e il Consorzio Coripet hanno depositato, altresì, repliche alle avverse deduzioni.

La parte appellante, in via subordinata, ha pure chiesto di sollevare due questioni pregiudiziali interpretative dinnanzi alla Corte di Giustizia, al fine di chiedere *“Se siano compatibili con i principi e le norme europee in materia di trattamento dei rifiuti da imballaggi, e in particolare con l'art. 7 della Dir. 94/62/CE, modif. dalla Dir. 2018/852/UE, norme di diritto nazionale che, premessa l'attribuzione agli enti pubblici locali del compito esclusivo di effettuare la raccolta e l'istituzione obbligatoria di un consorzio fra produttori con compiti di servizio universale per le fasi di trattamento degli imballaggi in plastica successive alla raccolta: (a) consentano l'ingresso nel mercato di consorzi autonomi di produttori che, senza alcun onere nei confronti del consorzio prestatore del servizio universale, limitino la loro attività al prelievo, presso i centri di selezione, di una parte qualitativamente selezionata di imballaggi in plastica e alla collocazione del materiale prelevato nei mercati a valle; (b) impongano un obbligo, a carico degli enti pubblici locali incaricati della raccolta, di contrarre con i consorzi autonomi di cui al punto precedente, al fine di consegnare loro una percentuale di materiale selezionato corrispondente all'immesso nel mercato da parte degli operatori consorziati”*.

6. L'Autorità e Coripet hanno depositato note di udienza, chiedendo la decisione della controversia.

7. La causa è stata trattenuta in decisione nell'udienza del 24 settembre 2021.

## DIRITTO

1. Pregiudizialmente, il Collegio è chiamato a statuire sull'eccezione di inammissibilità/improcedibilità dell'appello opposta dalle parti intimato, motivata sulla base dell'irreversibilità degli effetti discendenti dall'esecuzione delle misure cautelari impugnate in prime cure e, comunque, dell'esaurimento dei relativi effetti giuridici (lesivi) in ragione della sopravvenuta adozione, in pendenza del giudizio, del provvedimento definitivo assunto dall'Autorità a definizione del procedimento antitrust.

L'eccezione è infondata.

L'odierno giudizio verte sulla legittimità di alcune misure cautelari ex art. 14 bis L. n. 287/90, assunte dall'Autorità per evitare che, nelle more della conclusione di un procedimento antitrust per l'accertamento di un abuso di posizione dominante ex art. 102 TFUE, potesse concretizzarsi un (presunto) danno grave e irreparabile per la concorrenza.

Il provvedimento per cui è causa, dunque, in ragione della sua natura interinale, ha attuato un assetto di interessi di natura provvisoria, destinato ad essere sostituito con l'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento antitrust.

Come documentato in atti (cfr. deposito Autorità del 22 luglio 2021), in pendenza dell'odierno giudizio di appello, l'Autorità ha concluso il procedimento mediante l'adozione del provvedimento sanzionatorio n. 28430 del 27 ottobre 2020.

Di conseguenza, deve ritenersi che l'attuale fonte di regolazione del rapporto amministrativo non sia rappresentata più dal provvedimento cautelare, impugnato nell'ambito dell'odierno giudizio, bensì dal provvedimento definitivo, costituente un atto sopravvenuto, lesivo della sfera giuridica del destinatario (già censurato dinnanzi al Tar con separato ricorso), attuativo di un nuovo assetto di interessi tra le parti, recante una autonoma *regula iuris* del caso concreto.

Tale circostanza, sebbene evidenzii l'esaurimento degli effetti giuridici prodotti dal provvedimento cautelare, non può tuttavia ritenersi sufficiente per condurre ad una pronuncia di improcedibilità delle domande proposte nella presente sede per sopravvenuta carenza di interesse al ricorso (facendosi questione di circostanze sopravvenute alla proposizione del ricorso di primo grado, non risulterebbe invece prospettabile alcuna causa di originaria inammissibilità dell'impugnazione).

Difatti, la misura cautelare non soltanto ha prodotto effetti giuridici in pendenza del procedimento antitrust, ma è stata pure attuata dall'odierna ricorrente, che dunque ha subito una concreta limitazione della propria sfera giuridica nello svolgimento dell'attività economica.

Tale compressione della posizione attorea, ove reputata illegittima, è suscettibile di rilevare pure ai fini risarcitori, consentendo all'appellante di avanzare una futura domanda risarcitoria motivata

sulla base dell'ingiusta limitazione della propria sfera giuridica, in conseguenza di una misura cautelare in ipotesi illegittima.

Per tali ragioni, ferma rimanendo l'autonoma iniziativa giudiziaria intrapresa dal ricorrente contro il provvedimento (definitivo) emesso a conclusione del procedimento antitrust, assunto all'esito dell'istruttoria e, dunque, incentrato (come si osserverà *infra*) su autonomi presupposti giustificativi (diversi da quelli rilevanti ai fini dell'odierna decisione), deve ritenersi permanente anche nella presente sede processuale un interesse attoreo all'accertamento della dedotta illegittimità delle misure cautelari per cui è causa, risultando un'eventuale domanda di accoglimento dell'impugnazione idonea ad attribuire un'utilità concreta alla parte ricorrente, data dall'accertamento dell'illegittimità degli atti per cui è causa, in funzione di una possibile futura azione risarcitoria all'uopo proponibile.

2. Ciò premesso nel rito, prima di soffermarsi sulle singole censure impugnatorie, giova ricostruire il quadro normativo di riferimento, evidenziando i presupposti occorrenti per giustificare l'emissione di un provvedimento cautelare nell'ambito di un procedimento (principale) avviato per una presunta infrazione all'art. 102 TFUE (in materia di sfruttamento abusivo di una posizione dominante nel mercato).

2.1 Ai sensi dell'art. 14 bis, commi 1 e 2, L. n. 287 del 1990, "*Nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza, l'Autorità può, d'ufficio, ove constati ad un sommario esame la sussistenza di un'infrazione, deliberare l'adozione di misure cautelari*"; la corrispondente disciplina unionale è recata dall'art. 8 Reg. UE n. 1 del 2003 - pure valorizzabile ai fini dell'interpretazione del diritto interno - ai sensi del quale "*1. Nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza la Commissione può, d'ufficio, ove constati prima facie la sussistenza di un'infrazione, adottare mediante decisione misure cautelari. 2. Le decisioni adottate ai sensi del paragrafo 1 sono applicabili per un determinato periodo di tempo e possono, se necessario ed opportuno, essere rinnovate*".

2.2 Avuto riguardo al presupposto del *fumus boni iuris*, la disciplina nazionale sembra parzialmente differente rispetto a quella dettata a livello unionale, tenuto conto che, mentre in ambito interno è richiesto un accertamento della sussistenza di un'infrazione all'esito di "*un sommario esame*", in ambito europeo è richiesto che la sussistenza dell'infrazione sia constatata "*prima facie*" (trattasi di distinzione pure valorizzata da Consiglio di Stato, sez. VI, 3 marzo 2020, n. 1547).

La differente terminologia impiegata nelle due previsioni non consente, tuttavia, di individuare due precetti giuridici distinti, implicanti una diversa intensità dello standard probatorio richiesto alle

Autorità procedenti, in relazione, peraltro, a fattispecie parimenti rilevanti ai sensi del diritto antitrust unionale (venendo nella specie contestata la violazione dell'art. 102 TFUE).

Difatti:

- quanto alla disciplina nazionale, il legislatore, giustificando l'adozione di una misura cautelare ove si constati l'esistenza di un'infrazione all'esito di "esame sommario", consente l'adozione di provvedimenti interinali nelle ipotesi in cui, avuto riguardo allo stato dell'istruttoria ancora non conclusa, pur potendosi formulare una ragionevole previsione (assistita, come correttamente rilevato dal Tar, da un sufficiente grado di attendibilità) sull'esito del procedimento amministrativo e, in specie, sulla possibilità di assumere diffide e sanzioni ai sensi dell'art. 15 L. n. 287/90, non sia possibile con certezza affermare l'esistenza dell'infrazione, occorrendo procedere ad ulteriori approfondimenti ai fini della decisione finale;

- quanto alla disciplina unionale, la locuzione *prima facie* sembra parimenti richiedere una disamina preliminare dei fatti oggetto di contestazione, che consenta di ritenere (almeno) apparente l'infrazione alla disciplina antitrust per cui si procede, fermo rimanendo ogni successivo approfondimento ancora da svolgere in sede istruttoria.

Tale ultima interpretazione, in primo luogo, è coerente con il dato testuale, espresso dalla corrispondente disciplina unionale, non sembrando che la constatazione *prima facie* dell'esistenza di un'infrazione, implichi una valutazione amministrativa in termini di certa integrazione della fattispecie illecita concretamente rilevante.

La locuzione *prima facie* compariva infatti fin dalla proposta di regolamento (COM/2000/0582 def) pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. C 365 del 19.12.2000: al riguardo, nell'analizzare le relative previsioni, la Commissione europea aveva evidenziato la possibilità, alla stregua della disciplina proposta, di adottare provvedimenti provvisori nei casi in cui vi fosse il rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza, "*constatando l'apparente esistenza di un'infrazione*".

I lavori preparatori confermano, dunque, che l'espressione *prima facie* non risultava impiegata per richiedere una constatazione della certa esistenza dell'infrazione – standard riferibile all'adozione del provvedimento finale –, essendo sufficiente una valutazione in termine di apparenza, all'esito di un accertamento, dunque, compatibile con una disamina preliminare (a prima vista, per l'appunto) dei fatti in contestazione, fermo ogni approfondimento ancora da condurre in sede istruttoria.

Tale interpretazione è confermata dal dato sistematico e, in particolare, dalla lettura combinata dei due paragrafi dell'art. 8 del regolamento n. 1 del 2003 e dell'art. 7 dello stesso regolamento, relativo alle decisioni da assumere a conclusione del procedimento antitrust: dal confronto di tali previsioni, risulta che soltanto per le misure cautelari è prevista la provvisorietà delle relative decisioni,

facendosi questione di provvedimenti applicabili per un limitato periodo temporale; per le misure ex art. 7 cit., invece, non è prevista alcuna provvisorietà, emergendo decisioni tendenzialmente definitive, da assumere una volta constatata l'infrazione alla disciplina antitrust.

La provvisorietà delle misure cautelari trova, dunque, la propria giustificazione (altresì) in ragione della fase procedimentale in cui la decisione viene assunta: l'Autorità, difatti, qualora sia in condizione di constatare la certa integrazione dell'infrazione, è chiamata ad assumere la decisione finale ex art. 7 regolamento n. 1 del 2003, adottando misure tendenzialmente stabili; altrimenti, è tenuta a proseguire l'istruttoria procedimentale, eventualmente disponendo, nelle more, misure provvisorie qualora sussista il rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza.

Ne deriva che le misure cautelari sono assunte in pendenza del procedimento amministrativo, sulla base di un accertamento ancora non completo, avuto riguardo a quanto appare al momento della decisione provvisoria all'uopo adottata.

Anche l'elemento teleologico depone per una tale soluzione ermeneutica.

Le misure cautelari tendono a garantire l'effettività della decisione amministrativa finale, evitando che, nelle more della conclusione del procedimento, nel tempo occorrente per i necessari approfondimenti istruttori, possa concretizzarsi un danno grave e irreparabile per l'interesse pubblico perseguito dall'Amministrazione procedente: l'urgenza nel provvedere, dunque, non risulta, di regola, compatibile con un accertamento pieno dell'esistenza dell'infrazione, richiedendosi – ancora una volta – una verifica in termini di apparenza della sua integrazione.

Alla stregua delle considerazioni svolte, emerge che il riferimento (in ambito unionale) alla locuzione *prima facie* non sembra imporre una constatazione della certa esistenza dell'infrazione alla disciplina antitrust, richiedendosi una verifica preliminare, che faccia ritenere apparente l'integrazione dell'illecito per cui si procede.

Trattasi di una valutazione coincidente con quella richiesta dalla disciplina nazionale che, giustificando l'adozione delle misure cautelari *de quibus* sulla base di un "sommario esame", non impone l'integrazione di uno standard probatorio di certa esistenza dell'infrazione, ritenendo sufficiente un accertamento in termini di apparenza, tale da ritenere probabile, sulla base degli elementi istruttori allo stato raccolti, la definizione del procedimento antitrust con l'adozione di misure definitive ex art. 15 L. n. 287/90.

2.3 Il secondo presupposto giustificativo dell'adozione delle misure cautelari ex art. 14 bis L. n. 287/1990 è rappresentato dal *periculum in mora*, declinato uniformemente in ambito nazionale ed unionale, richiedendosi la sussistenza di un'urgenza nel provvedere, dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza.

Occorre, dunque, che il bene tutelato dalla norma giuridica, individuabile nell'interesse pubblico all'assetto concorrenziale del mercato - non confondibile con l'interesse privato all'inibizione dell'altrui condotta illecita o al risarcimento di un danno ingiusto derivante dall'infrazione in concreto commessa, stante la necessità di distinguere gli strumenti di *public enforcement* e *private enforcement* (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773) – sia esposto ad un pericolo attuale, sussistendo il rischio di concretizzazione di un danno:

- da un lato, grave e, dunque, incidente in misura rilevante sul valore tutelato, tale da manifestare una rilevante sproporzione tra il pregiudizio procurato all'interesse pubblico in caso di mancata adozione dell'ordine cautelare e il pregiudizio subito dall'operatore economico in caso di sua emanazione;
- dall'altro, irreparabile, come tale insuscettibile di essere reintegrato da una decisione definitiva, che sopravverrebbe una volta conclusa l'istruttoria ed esaurita la fase decisoria, quando ormai l'interesse pubblico perseguito risulterebbe definitivamente violato, con conseguente impossibilità di ripristino dell'assetto concorrenziale del mercato.

2.3 Al ricorrere dei delineati presupposti, l'Autorità procedente è abilitata ad adottare misure cautelari, assumendo una decisione dal contenuto corrispondente alle misure definitive suscettibili di essere disposte a conclusione del procedimento amministrativo.

Così come affermato in sede processuale, anche in ambito amministrativo, la tutela cautelare deve ritenersi strumentale alla tutela somministrabile con il provvedimento definitivo, non potendo disporsi misure provvisorie ulteriori o diverse rispetto al novero di misure adottabili con l'atto conclusivo del procedimento.

Come precisato dalla giurisprudenza europea, in relazione all'art. 3 regolamento CEE n. 17 del 1962, ma con considerazioni di carattere generale riferibili anche alla vigente disciplina concernente l'applicazione delle regole di concorrenza dettate dagli artt. 101 e 102 TFUE, "*i provvedimenti cautelari che la Commissione può adottare in via urgente sono quelli che appaiono indispensabili onde evitare che l'esercizio del potere di decisione di cui all'art. 3 risulti vanificato, o addirittura illusorio, per effetto del comportamento di alcune imprese. Ne consegue che i provvedimenti d'urgenza devono rientrare nell'ambito della decisione che può venir adottata in via definitiva in forza dell'art. 3*" (sentenza della Corte, 28 febbraio 1984, in cause riunite C-228 e 229/82, *Ford of Europe Incorporated*, punto 19).

Si conferma, dunque, che il contenuto delle misure cautelari, suscettibili di essere disposte in via interinale, in applicazione del principio di strumentalità della tutela cautelare (anche sostanziale),

non può eccedere quanto l'Autorità procedente potrebbe adottare con il provvedimento conclusivo del procedimento, avuto riguardo allo stato del mercato riscontrabile al momento della decisione.

3. Sulla base di tali coordinate interpretative è possibile soffermarsi sulla fattispecie concreta per cui è causa, verificando se l'Autorità intimata abbia legittimamente esercitato il proprio potere cautelare ex art. 14 bis L. n. 287/90, adottando misure strumentali al potere provvedimento "definitivo" attribuito dall'art. 15 L. n. 287/90, in presenza di una infrazione apparente alla disciplina antitrust, tala da ritenere ragionevole l'adozione di un futuro provvedimento ex art. 15 L. n. 287/90, nonché al ricorrere di un rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza.

4. Corepla con il ricorso in appello, censurando l'erroneità della sentenza gravata, ha dedotto l'insussistenza dei presupposti giustificativi dell'intervento cautelare per cui è controversia e, comunque, l'illegittimità delle misure cautelari imposte dall'Autorità intimata.

5. In particolare, con un primo ordine di censure, l'appellante si è soffermato sul "*potere esercitato dall'AGCM*", evidenziando come l'intervento cautelare per cui è causa avesse illegittimamente assunto connotati di definitività, permettendo al Consorzio Coripet di agire in assenza dei requisiti indispensabili di autonomia per operare, al fine di consentire allo stesso di acquisirli in corso del procedimento, con conseguente attuazione di un assetto di interessi definitivo nei rapporti tra le parti, sulla base di un assunto erroneo, dato dal diritto di Coripet, per effetto dell'adesione dei consorziati al sistema autonomo e del pagamento del connesso contributo ambientale, di gestire la percentuale di CPL PET corrispondente all'immesso al consumo dei propri consorziati, pure prescindendo dalla volontà dei Comuni, in ipotesi intenzionati a continuare ad avvalersi del sistema tradizionale.

Secondo la prospettazione attorea, invece:

- in assenza di accordi con i Comuni, Coripet non avrebbe potuto disporre del CPL per immessi al consumo da parte dei propri consorziati;
- i Comuni sarebbero stati liberi di concludere o meno tali accordi con Coripet ovvero di continuare ad avvalersi di Corepla ovvero di non avvalersi di alcuno dei due consorzi, gestendo in proprio i relativi rifiuti;
- per l'effetto, imponendo un obbligo di convenzionamento con Coripet ed eliminando ogni capacità decisoria dei Comuni, privati della leva negoziale nella contrattazione delle condizioni migliorative, l'Autorità avrebbe neutralizzato la dinamica competitiva che l'ingresso di un nuovo *EPR scheme* si prefiggerebbe, producendo effetti anticoncorrenziali, riconoscendo a Coripet volumi di materiali di cui il consorzio non avrebbe potuto disporre in assenza dei necessari accordi con l'ANCI e attuando una regolamentazione di dettaglio del mercato in danno della concorrenza;

- in tale maniera, l’Autorità avrebbe pure ecceduto dai propri poteri, imponendo oneri non previsti dalla disciplina di riferimento, nonché tutelando la posizione di un singolo operatore;
- peraltro, l’operatore in posizione dominante non potrebbe essere tenuto ad agire in promozione della concorrenza, venendo meno agli obblighi imposti dalla legge e assunti verso le controparti contrattuali;
- si farebbe, dunque, questione di un intervento provvedimentoale inidoneo a perseguire il proprio scopo tipico, non consentendo di evitare un danno grave e irreparabile per la concorrenza;
- le misure in esame non sarebbero, inoltre, compatibili con le esigenze di tutela dell’ambiente, influenzando su un sistema consortile che aveva permesso di conseguire rilevanti obiettivi in termini di quantitativi recuperati e riciclati; a fronte di un progetto Coripet che risultava, invece, inidoneo ad apportare concreti benefici in termini di aumento del tasso di riciclo.

6. Per ragioni di connessione, facendosi questione pur sempre di censure riguardanti la sussistenza del potere cautelare in capo all’Autorità, il primo ordine di contestazioni può essere trattato congiuntamente alle censure incentrate sia sull’assenza “*del fumus ipotizzato dall’AGCM*”, sia sulla mancata integrazione del *periculum in mora*.

6.1 In particolare, sotto il primo profilo, in ordine alla pretesa esclusiva di Corepla sui rifiuti di plastica derivanti dalla raccolta differenziata, alla stregua di quanto emergente dall’Accordo Quadro ANCI/ Conai, secondo quanto dedotto dall’appellante, ogni Comune sarebbe stato libero di stipulare la convenzione con il relativo consorzio di filiera o di valorizzare i rifiuti di imballaggi derivanti dalla raccolta differenziata, con la conseguenza che l’accordo in esame avrebbe previsto un obbligo e non un diritto di Corepla di ritirare i rifiuti di imballaggi in plastica in esame.

I Comuni, dunque, avrebbero potuto esercitare il recesso dalle convenzioni concluse con i singoli Consorzi di filiera; parimenti, ANCI e Coripet ben avrebbero potuto stipulare un accordo dato che il decreto di riconoscimento provvisorio ciò espressamente prevedeva.

Peraltro, ai sensi dell’art. 224, comma 6, D. Lgs. n. 152/06, l’accordo quadro ANCI/ Conai, di cui facevano parte integrante gli allegati tecnici, avrebbe potuto essere oggetto di richieste di modifiche da parte del Ministero dell’Ambiente, circostanza nella specie non realizzata; lo stesso Ministero, prevedendo nel decreto di riconoscimento provvisorio del sistema Coripet la stipula di un accordo ANCI/ Coripet, avrebbe ritenuto che l’Allegato Tecnico dell’Accordo ANCI/ Conai rilevante nella specie non fosse un elemento impeditivo.

Per l’effetto, la clausola tutto o niente non avrebbe avuto un effetto escludente.

La condotta di Corepla non avrebbe potuto essere ritenuta ingiustificata neppure sotto il profilo economico, avendo lo stesso consorzio continuato a gestire i rifiuti plastici derivanti dalla raccolta

differenziata anche in assenza del Contributo Ambientale Conai in forza dei propri obblighi di responsabilità sussidiaria e degli obblighi assunti verso ANCI /Convenzionati; il che sarebbe stato proprio quanto imposto dall'Autorità con la misura e) di cui al provvedimento impugnato in prime cure.

Coripet avrebbe, infine, concluso un accordo ponte con ANCI, avente ad oggetto regole riproduttive del sistema Corepla, non risultando neppure economicamente vantaggioso, a dimostrazione di come il sistema Coripet non avesse nulla di realmente autonomo.

6.2 Parimenti, sarebbe infondata la contestazione riferita al preteso rifiuto di Corepla di prestare collaborazione e di sottoscrivere un accordo ponte con Coripet, tenuto conto che l'appellante avrebbe sempre prestato la propria collaborazione in relazione agli aspetti operativi al fine di concordare le misure tecniche necessarie per consentire a ciascun sistema (Corepla e Coripet) di gestire i rifiuti di propria competenza, come dimostrato dalla documentazione in atti; non sarebbe stato, invece, possibile provvedere alla definizione di misure incentrate sulla sola determinazione dei costi da riconoscere a Corepla per la gestione (a cura di Corepla stesso *'in base al sistema attuale'*) dei relativi imballaggi.

Difatti, Coripet non avrebbe cercato alcun accordo tecnico operativo, ma solo uno economico-finanziario, non previsto dalla legge e dal decreto di riconoscimento provvisorio, che risultava incentrato sull'autonomia dei sistemi di gestione dei rifiuti.

Peraltro, l'accordo ponte proposto da Coripet non risultava favorevole all'appellante neppure sotto il profilo economico, tenuto conto che l'importo che Coripet avrebbe inteso versare a Corepla sarebbe stato di molto inferiore rispetto a quello incassato da questi con il CAC, nonché avrebbe posto al di fuori del sistema consortile importanti volumi di PET, dai rifiuti di imballaggio meno onerosi da gestire e per i quali i ricavi dalle vendite alle aste erano molto superiori a quelli della maggior parte degli altri rifiuti selezionati dalla raccolta differenziata.

6.3 Non sarebbe fondata neppure la contestazione incentrata sulla clausola di esclusiva in relazione ai CSS, trattandosi di una clausola non avente uno scopo anticoncorrenziale, ma deputata ad evitare che i CSS potessero assumere comportamenti illegittimi in relazione ai materiali plastici trattati per conto di Corepla.

Peraltro, in assenza degli accordi Coripet /ANCI/Comuni, i CSS non avrebbero potuto procedere all'identificazione e regolazione, anche finanziaria, del flusso del materiale di competenza Coripet.

6.4 Parimenti, la messa all'asta da parte di Corepla di rifiuti in PET riferibili ai consorziati Coripet non avrebbe configurato un comportamento escludente, tenuto conto che, pretendendo di vendere a terzi il materiale plastico presente presso i CSS senza avere previamente versato alcun compenso ai

Comuni per la copertura dei maggiori oneri della sua raccolta differenziata, Coripet avrebbe realizzato un guadagno ingiusto per un'attività non svolta.

Corepla si sarebbe limitata, dunque, a fare presente che con riguardo al materiale plastico presente presso i CSS l'odierna appellante aveva già sostenuto tutti i costi di raccolta, ritiro e selezione, maturando il diritto di venderlo all'asta, anche per acquisire i ricavi diretti a compensare, almeno in parte, gli oneri già sopportati. In assenza di accordi con ANCI e i Comuni, Coripet non avrebbe avuto del resto titolo per gestire materiali che non erano di sua competenza.

6.5 In ordine al presupposto del *periculum in mora*, con un terzo ordine di censure, l'odierno appellante precisa che il diritto antitrust non potrebbe essere impiegato come strumento di tutela dei singoli operatori: nella specie, sarebbero state in corso attive negoziazioni per un accordo transitorio tra ANCI e Coripet per consentire a Coripet di divenire operativo, ormai vicine alla chiusura, promosse anche grazie all'iniziativa di Corepla; con la conseguenza che l'intervento provvedimento in contestazione, avuto riguardo al contesto di riferimento, avrebbe dovuto reputarsi superfluo, sproporzionato e irragionevole, tenuto conto pure che il sistema Coripet avrebbe operato al di fuori del perimetri del decreto ministeriale di riconoscimento provvisorio, con misure che non avrebbero potuto consentire all'operatore economico il riconoscimento definitivo.

La necessità di concludere accordi con ANCI/Comuni sarebbe stata, inoltre, nota da tempo a Coripet, non dipendendo dalla condotta di Corepla; così come l'intervento dell'Autorità non sarebbe stato immediato.

7. Le doglianze attoree sono infondate.

8. Preliminarmente, giova ribadire come, trattandosi di misure cautelari, l'accertamento richiesto ai fini dell'adozione del provvedimento provvisorio non richiedesse l'integrazione della certa sussistenza dell'infrazione, stante la pendenza del procedimento principale e, dunque, l'esigenza di svolgere ulteriori approfondimenti istruttori in funzione della decisione definitiva.

Inoltre, giova rilevare come l'articolo 102 TFUE precluda, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo: all'impresa che detiene una posizione dominante incombe dunque una responsabilità particolare di non pregiudicare, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e leale nel mercato interno.

Come precisato dalla giurisprudenza unionale, *“la nozione di "sfruttamento abusivo di posizione dominante" ai sensi dell'articolo 102 TFUE è una nozione oggettiva che riguarda i comportamenti di un'impresa in posizione dominante, i quali, su un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito, abbiano l'effetto di ostacolare, ricorrendo a*

*mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza”* (Corte di Giustizia U.E., in causa C-152/19, 25 marzo 2021, *Deutsche Telekom AG*, punto 41).

A tali fini, l'esame del carattere abusivo di una pratica di un'impresa dominante deve essere effettuato prendendo in considerazione tutte le circostanze specifiche della controversia, avuto riguardo allo stato di fatto esistente al momento dell'adozione del provvedimento cautelare per cui è controversia.

Difatti, *“la legittimità di un atto amministrativo va accertata con riguardo allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua emanazione, secondo il principio del tempus regit actum”* (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. II, 8 marzo 2021, n. 1908), non potendo, dunque, valorizzarsi, al fine di dedurre l'illegittimità del provvedimento cautelare, circostanze sopravvenute rispetto alla sua adozione, che per propria natura non avrebbero potuto essere valutate in sede procedimentale in quanto non esistenti nel momento della decisione.

9. Ciò premesso, il Collegio ritiene che l'Autorità abbia correttamente constatato *prima facie* (nel significato sopra delineato) un'infrazione alla disciplina antitrust, risultando probabile, alla luce del materiale istruttorio esistente al momento della decisione, lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante da parte di Corepla, foriera di un pericolo di danno grave e irreparabile all'assetto concorrenziale del mercato.

10. In primo luogo, giova ricostruire il contesto economico e giuridico in cui si inserisce il contestato provvedimento cautelare, utilmente valorizzabile per evidenziare l'infondatezza delle censure impugnatorie.

10.1 L'odierna ricorrente è un consorzio di filiera costituito per il recupero e il riciclo di imballaggi in plastica, facente parte del sistema riconducibile al Consorzio Nazionale Imballaggi (Conai); Coripet, invece, è un consorzio di diritto privato senza fini di lucro operante nel recupero e nel riciclo di bottiglie PET per uso alimentare, che offre ai propri consorziati, produttori di imballaggi primari in plastica in CPL (contenitori per liquidi) PET, i servizi (EPR) di responsabilità estesa del produttore.

Tali servizi consentono, in particolare, ai produttori l'adempimento degli obblighi di legge in relazione alla gestione dei rifiuti derivanti dal proprio immesso al consumo.

10.2 Ai sensi dell'art. 221, comma 1, D. Lgs. n. 152 del 2006, i produttori e gli utilizzatori degli imballaggi sono responsabili della corretta ed efficace gestione ambientale degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio generati dal consumo dei propri prodotti.

Per adempiere agli obblighi di riciclaggio e di recupero nonché agli obblighi della ripresa degli imballaggi usati e della raccolta dei rifiuti di imballaggio secondari e terziari su superfici private, e con riferimento all'obbligo del ritiro, su indicazione del Consorzio nazionale imballaggi di cui all'articolo 224 D. Lgs. n. 152 del 2006, dei rifiuti di imballaggio conferiti dal servizio pubblico, i produttori possono alternativamente (ai sensi dell'art. 221, comma 3, D. Lgs. n. 152 del 2006):

- a) organizzare autonomamente, anche in forma collettiva, la gestione dei propri rifiuti di imballaggio sull'intero territorio nazionale;
- b) aderire ad uno dei consorzi di cui all'articolo 223 D. Lgs. n. 152 del 2006;
- c) attestare sotto la propria responsabilità che è stato messo in atto un sistema di restituzione dei propri imballaggi, mediante idonea documentazione che dimostri l'autosufficienza del sistema.

Con riguardo all'organizzazione autonoma della gestione dei rifiuti di imballaggio sul territorio nazionale, i produttori che non intendano aderire al sistema Conai e, dunque, al Consorzio Nazionale Imballaggi e al Consorzio di filiera, sono tenuti a presentare all'Osservatorio nazionale sui rifiuti il progetto del sistema di gestione autonomo, richiedendone il riconoscimento sulla base di idonea documentazione, attestante che il sistema di gestione è organizzato secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, è effettivamente ed autonomamente funzionante ed è in grado di conseguire, nell'ambito delle attività svolte, i prescritti obiettivi di recupero e di riciclaggio.

Il mancato riconoscimento del sistema o la revoca disposta dall'Autorità comportano per i produttori l'obbligo di partecipare ad uno dei consorzi di filiera e, assieme ai propri utilizzatori di ogni livello fino al consumo, al consorzio nazionale imballaggi.

Tale adesione è obbligatoria ed opera retroattivamente ai soli fini della corresponsione del contributo ambientale previsto dall'articolo 224, comma 3, lettera h), D. Lgs. n. 152/2006 e dei relativi interessi di mora.

10.3 La disciplina della gestione dei rifiuti di imballaggio risulta ispirata ai principi di chi inquina paga e di responsabilità condivisa tra gli operatori economici.

Pertanto, occorre che i produttori sostengano i costi della raccolta differenziata, della valorizzazione e dell'eliminazione dei rifiuti in proporzione alla quantità degli imballaggi da ciascuno immessa sul mercato nazionale.

Ai sensi dell'art. 221, comma 10, D. Lgs. n. 152/2006, nella formulazione vigente alla data di adozione del provvedimento per cui è causa, erano, in particolare, a carico dei produttori:

- a) i costi per il ritiro degli imballaggi usati e la raccolta dei rifiuti di imballaggio secondari e terziari;

- b) il corrispettivo per i maggiori oneri relativi alla raccolta differenziata dei rifiuti di imballaggio conferiti al servizio pubblico per i quali l'Autorità d'ambito richiede al Consorzio nazionale imballaggi o per esso ai soggetti di cui al comma 3 cit. di procedere al ritiro;
- c) i costi per il riutilizzo degli imballaggi usati;
- d) i costi per il riciclaggio e il recupero dei rifiuti di imballaggio;
- e) i costi per lo smaltimento dei rifiuti di imballaggio secondari e terziari.

10.4 La disciplina in commento delinea un assetto del mercato incentrato, altresì, sulla libera concorrenza nelle attività di settore (valorizzata dall'art. 223, comma 2, D. Lgs. n. 152/06), emergendo una possibile coesistenza del consorzio di filiera e dei sistemi autonomi anche in relazione alla medesima tipologia di materiale di imballaggio.

La competizione tra plurimi operatori è valutata favorevolmente dal legislatore, in quanto idonea ad assicurare ai produttori l'offerta di servizi EPR differenziati, suscettibili di promuovere l'efficienza e l'economicità della gestione dei rifiuti e un miglioramento degli obiettivi di tutela ambientale, in specie in termini di raccolta differenziata, riciclaggio e recupero dei rifiuti di imballaggio.

Come previsto dall'art. 217, comma 1, D. Lgs. n. 152/06, del resto, la gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio è disciplinata non soltanto per prevenirne e ridurne l'impatto sull'ambiente ed assicurare un elevato livello di tutela dell'ambiente, ma anche per garantire il funzionamento del mercato, anche al fine di evitare distorsioni della concorrenza e garantire il massimo rendimento possibile degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio.

Tali principi sono stati affermati da questo Consiglio a definizione di un giudizio pendente (altresì) tra Corepla e Coripet, essendosi precisato che *“poiché la normativa richiamata (sulla base della norma programmatica dettata dall'art. 217, comma 1, d.lgs. n. 152 del 2006) persegue gli obiettivi della tutela ambientale, della garanzia del funzionamento del mercato, dell'esclusione di discriminazioni nei confronti dei prodotti importati, della prevenzione contro l'insorgenza di ostacoli agli scambi e di distorsioni della concorrenza, nonché della garanzia del massimo rendimento possibile degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio, deve rilevarsi che i sistemi autonomi non possono essere riguardati come eccezione alla regola dei consorzi nazionali.*

*Piuttosto, l'intero sistema può leggersi come caratterizzato da una “obbligatorietà per così dire a carattere residuale” dei consorzi nazionali in mancanza di iniziative autonome (come efficacemente affermato da Cons. Stato sez. VI, n. 4475 del 2015). Del resto, in tal senso dispone l'art. 221 comma 3, cit. con il prevedere che i produttori, per adempiere agli obblighi previsti, “possono alternativamente” aderire al consorzio nazionale di filiera o predisporre un sistema autonomo. Allora, in ragione degli obiettivi suddetti - polarizzati attorno ai due profili essenziali*

*della tutela dell'ambiente e della tutela della concorrenza in una logica di complementarità, potendosi essere perseguiti in maniera congiunta – all'interprete spetta piuttosto il compito di leggere in un'ottica non restrittiva le disposizioni che concernono i sistemi autonomi, perché costituiscono un'apertura a un sistema tendenzialmente concorrenziale, potenzialmente idoneo ad implementare il recupero dei rifiuti e il loro sfruttamento con innegabili vantaggi per la tutela ambientale” (Consiglio di Stato, sez. IV, 26 gennaio 2021, n. 781).*

11. Alla luce delle considerazioni svolte, l'azione provvedimento contestata nell'ambito dell'odierno giudizio si inserisce in un contesto normativo caratterizzato da elementi di concorrenzialità, ammettendosi la competizione tra differenti modelli di gestione dei rifiuti, ben potendo i produttori recedere dal consorzio di filiera e costituire o aderire a sistemi di gestione autonomi, al fine di adempiere agli obblighi posti a proprio carico dal D. Lgs. n. 152/06 in relazione alla gestione dei rifiuti derivanti dagli imballaggi dagli stessi immessi al consumo.

11.1 Avuto riguardo al caso di specie, il mercato definito dall'Autorità, salvo ogni approfondimento istruttorio in ordine all'autonoma rilevanza degli imballaggi in PET, sotto il profilo del prodotto, è stato individuato nella gestione dell'avvio a riciclo degli imballaggi primari in plastica funzionale all'ottemperanza agli obblighi di EPR, in cui dal lato della domanda erano presenti i produttori di imballaggi primari assoggettati all'obbligo di avvio a riciclo dei rifiuti derivanti da tali beni, mentre, dal lato dell'offerta, benché il servizio potesse essere offerto anche da altri soggetti, vale a dire i sistemi autonomi previsti dal D. Lgs. n. 152/06, fra cui Coripet, risultava al tempo operativo sul mercato soltanto il Consorzio Corepla (punto 21 provvedimento).

Quanto alla dimensione geografica, il mercato rilevante sembrava avere dimensione nazionale, in ragione dell'ambito di applicabilità delle pertinenti disposizioni normative, volte a definire nell'ambito del territorio italiano condizioni concorrenziali distinte da quelle presenti in altre aree del mercato interno europeo (punto 20 provvedimento).

Nel mercato così individuato, Corepla occupava una posizione dominante in ragione del fatto che, al tempo di adozione del provvedimento, l'adesione al sistema Conai /Corepla, rappresentava l'unica da forma di adempimento degli obblighi di EPR, svolta in monopolio da Corepla.

11.2 Nell'ambito di tale contesto economico e giuridico, risulta che Coripet, nell'aprile 2018, ha ottenuto, ai sensi dell'art. 221 D. Lgs. n. 152/06, il riconoscimento provvisorio del proprio sistema autonomo di gestione dei rifiuti.

In particolare, alla stregua di quanto emergente dal decreto del Ministero dell'Ambiente del Territorio e del Mare del 24.4.2018 (doc. 8 produzione Autorità in primo grado), il progetto presentato da Coripet prevedeva la gestione autonoma e diretta dei contenitori in PET per liquidi

alimentari, da realizzare attraverso l'intercettazione degli imballaggi in PET tramite eco-compattatori installati presso la grande distribuzione, nonché mediante la raccolta differenziata in convenzione con i Comuni.

Si trattava di sistema di gestione dei rifiuti di imballaggio primari, conferiti al servizio pubblico, per i quali il servizio EPR avrebbe potuto essere fornito ai singoli produttori, avendo riguardo - anziché ai rifiuti generati dai propri prodotti, individuati materialmente attraverso l'utilizzo di un marchio o di altro segno distintivo idoneo a consentire la riconducibilità del singolo rifiuto all'attività economica di un dato produttore - al *quantum* di rifiuti della stessa tipologia e pari a quelli generati dal consumo dei propri prodotti.

Sulla base di tali rilievi il Ministero ha ritenuto che il sistema di gestione progettato da Coripet, per quanto di maggiore interesse ai fini del presente giudizio, consentisse di soddisfare parzialmente in via documentale il requisito dell'effettivo ed autonomo funzionamento, *“in quanto l'intercettazione dei rifiuti di competenza del Consorzio necessita di implementazione sia in riferimento all'impiego degli eco-compattatori sia in relazione alla raccolta differenziata tradizionale tramite i Comuni”*.

Pertanto, il Ministero ha riconosciuto il sistema per la gestione diretta degli imballaggi in PET per liquidi alimentari, subordinando tale riconoscimento alla verifica di funzionamento del sistema svolta in condizioni di effettiva operatività nei primi due anni di esercizio.

Il provvedimento di riconoscimento, inoltre, recava talune prescrizioni, imponendosi entro sei mesi dalla notifica del relativo provvedimento la definizione e la sottoscrizione di accordi con l'ANCI, i Comuni e con gli altri operatori del settore, a garanzia dell'attuazione del principio di corresponsabilità gestionale di cui all'art. 219, comma 2, lettere a) e b), D. Lgs. n. 152/2006 e per assicurare la copertura del servizio sull'intero territorio nazionale: tali accordi avrebbero dovuto garantire la corretta interazione tra gli attori, attraverso un'azione collaborativa finalizzata ad assicurare l'effettività del sistema proposto, nonché a contenere i costi del sistema di raccolta onde evitare un aggravio diretto o indiretto degli oneri a carico dei cittadini.

Al fine di verificare il funzionamento del sistema autonomo, il Ministero ha, inoltre, imposto a Coripet la trasmissione di una relazione dettagliata idonea a permettere la dimostrazione dell'assolvimento degli obblighi e delle prescrizioni imposte, in specie in relazione all'esercizio nel rispetto dei criteri di efficienza, efficacia ed economicità, al conseguimento dell'obiettivo minimo di recupero e di riciclaggio del 60% di bottiglie in plastica PET immesse al consumo sul territorio nazionale nell'anno precedente a quello di riferimento, nonché all'effettivo ritiro dei rifiuti di imballaggio conferiti al servizio pubblico di raccolta o da questi intercettato secondo le modalità previste dall'accordo sottoscritto con ANCI

12. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha assunto il provvedimento cautelare per cui è causa, ravvisando una condotta illecita di Corepla, tradottasi nell'apparente abusivo sfruttamento della relativa posizione dominante, finalizzata ad impedire al sistema autonomo Coripet di operare e, dunque, di ottenere, al termine del biennio (successivamente prorogato), il riconoscimento ministeriale definitivo.

In particolare, secondo quanto contestato dall'Autorità:

- Corepla, detentore della totalità della raccolta differenziata della plastica nei Comuni che avevano aderito al convenzionamento (rappresentanti circa il 95% della popolazione a fine 2018), avrebbe posto in essere condotte aventi un'unica finalità escludente nei confronti di Coripet;
- in particolare, Corepla avrebbe: (i) preteso la perdurante titolarità di gestione di tutti i volumi di RDU della plastica conferiti dai Comuni convenzionati presso gli impianti di selezione (comprensivi anche dei volumi di PET divenuti di competenza Coripet), nonostante l'intervenuto riconoscimento provvisorio di quest'ultimo consorzio da parte del MATTM e, perfino, in seguito alla cessazione del versamento del contributo ambientale a Conai da parte dei consorziati Coripet; (ii) rifiutato ripetutamente di prestare a Coripet ogni tipo di collaborazione che avesse come esito il recesso di Corepla dalla gestione dei rifiuti riconducibili ai consorziati Coripet, subordinando tale esito alla previa conclusione da parte di Coripet di un accordo con ANCI; (iii) intimato ai Centri di Selezione (CSS) il rispetto della clausola di esclusiva nel rapporto contrattuale esistente con Corepla per quanto concerne la selezione dell'integralità dei rifiuti da RDU della plastica, motivo per cui tali soggetti non avevano potuto instaurare analoghi rapporti contrattuali con Coripet (iv) venduto mediante aste (e nell'incasso dei relativi proventi) i materiali in PET di competenza di Coripet a conclusione del processo di gestione;
- si sarebbe trattato di condotte risultate *“prima facie ingiustificate sotto il profilo giuridico e motivate, sotto il profilo economico, unicamente in una logica di esclusione del nuovo entrante, risultando quindi integrato il presupposto del fumus bonis iuris per l'applicazione di misure interinali”* (punto 51 provvedimento);
- le condotte poste in essere da Corepla apparivano, inoltre, concretamente idonee a determinare il rischio di un danno grave e irreparabile alla concorrenza, in quanto il trascorrere del tempo senza che il sistema autonomo nuovo entrante riuscisse concretamente a effettuare la gestione dei rifiuti da imballaggi in PET di sua competenza, avrebbe pregiudicato il raggiungimento degli obiettivi che il sistema doveva dimostrare di essere in grado di raggiungere nei due anni successivi all'adozione del decreto di riconoscimento provvisorio (entro il 24 aprile 2020) ai fini dell'ottenimento del riconoscimento definitivo e, quindi, dell'effettiva operatività sul mercato. L'effetto finale delle

condotte di Corepla sarebbe stato quello di espellere il sistema autonomo dal mercato, impedendone il riconoscimento definitivo. Tale circostanza avrebbe potuto avere altresì la conseguenza di scoraggiare *pro futuro* la presentazione di progetti nel mercato rilevante, con il risultato di perpetuare l'attuale situazione di monopolio di Corepla nell'offerta di servizi di *compliance* all'EPR in favore dei produttori di imballaggi primari in plastica (punto 52 del provvedimento).

13 Al fine di evitare la concretizzazione di un tale rischio, l'Autorità ha imposto talune misure interinali, aventi ad oggetto l'imposizione di “*una serie di obblighi quali misure minime necessarie a scongiurare il predetto rischio*” (punto 56 provvedimento).

Tali misure, in quanto oggetto di specifiche censure all'uopo articolate da Corepla, saranno *infra* esaminate.

14 Nella presente sede, occorre rilevare che, diversamente da quanto dedotto dall'appellante, l'intervento provvedimentale dell'Autorità non poteva considerarsi definitivo, né assumeva natura regolatoria o conformativa delle regole del mercato, essendo limitato, nelle more della definizione del procedimento amministrativo, a fare cessare la condotta dell'operatore dominante, *prima facie* illecita, e a rimuovere gli effetti potenzialmente lesivi del bene tutelato, da individuare, anziché nelle aspirazioni del singolo operatore economico a conseguire utili risultati di gestione, nell'assetto concorrenziale del mercato.

15. La documentazione in atti dimostra, infatti, che, avuto riguardo a quanto emergente alla data del provvedimento per cui è causa, la condotta tenuta dall'odierna appellante, *prima facie*, salvo approfondimenti da svolgere in funzione della decisione finale che l'Autorità avrebbe dovuto assumere, appariva effettivamente illecita, *sub specie* di sfruttamento abusivo di una posizione di dominanza nel mercato, in quanto, rendendo impraticabile per gli enti locali e i centri di selezione la sottoscrizione di accordi con i sistemi autonomi di gestione ambientale, impediva alla controinteressata di assicurare il conseguimento degli obiettivi di gestione posti dal decreto ministeriale di riconoscimento provvisorio; il che avrebbe prodotto un grave rischio di danno concorrenziale, in ragione del consolidamento della posizione monopolistica del consorzio di filiera, derivante dall'uscita dal mercato del sistema autonomo di gestione titolare del riconoscimento provvisorio e dall'effetto di *signalling* avverso la possibilità di ingresso nel mercato di ulteriori sistemi autonomi.

15.1 In particolare, soffermandosi sulla successione dei fatti di causa, maggiormente significativi ai fini dell'odierno giudizio, emerge che, all'esito del decreto ministeriale di riconoscimento provvisorio del sistema autonomo di gestione Coripet, in data 28 giugno 2018 si è tenuto un incontro tra il Conai, il Corepla e il Coripet, al fine di verificare le possibili sinergie tra il sistema

nazionale consortile di gestione dei rifiuti di imballaggi in plastica e la gestione dei contenitori in PET per liquidi alimentari per cui Coripet aveva ottenuto l'autorizzazione ministeriale con decreto del 24 aprile 2018 (doc. 30 produzione ricorrente in primo grado).

Nell'ambito di tale incontro Conai ha rappresentato la necessità di tenere presente lo stato di fatto attuale, che vedeva, da un lato, la vigenza dell'Accordo Quadro ANCI- Conai, dall'altro, la sussistenza di convenzioni tra Corepla e le piattaforme di selezione, precisando che *“tutto ciò deve fare il paio con quanto stabilito dal decreto direttoriale di riconoscimento di CoRiPET, che impone a quest'ultimo di sottoscrivere con ANCI un accordo entro sei mesi e di stipulare anche accordi con gli altri operatori economici coinvolti. A suo avviso, al momento appare difficile capire quale possa essere lo sviluppo tecnico e economico che si andrà a configurare, visto che i previsti accordi, per quel che risulta, sono ancora di là da venire ed è perciò arduo poter definire in concreto possibili convergenze. E, come evidente, i tavoli tecnici presuppongono la condivisione dei punti fondamentali della possibile convenzione, su cui successivamente innestare appunto lo sviluppo di aspetti operativi specifici”*.

Conai ha, inoltre, aggiunto che la struttura contrattuale esistente lasciava difficilmente immaginare che si potesse attualmente configurare un intervento di Coripet a valle della selezione dei rifiuti in plastica: le convenzioni concluse tra Corepla e le piattaforme di selezione prevedevano infatti espressamente che le quantità conferite dai Comuni/gestori del servizio di raccolta differenziata diventassero di proprietà di detto Consorzio, *“per cui i flussi in uscita da detti impianti sono allo stato di COREPLA”*.

Conai ha pure ritenuto che, per avviare ogni utile confronto, fosse imprescindibile basarsi sui termini definitivi dell'Accordo che Coripet avrebbe dovuto raggiungere con ANCI, apparendo prematuro avviare una discussione sui vari aspetti legati all'interazione tra Conai, Corepla e Coripet fintantoché il progetto Coripet non avesse assunto contenuti più definiti, anzi tutto con riguardo ai rapporti con Comuni e Piattaforme.

Corepla ha concordato sulla posizione espressa da Conai, evidenziando, altresì, che un confronto tecnico appariva prematuro e ricordando la ormai prossima scadenza sia dell'Accordo Quadro ANCI/ Conai e del relativo Allegato Plastica, sia dei contratti tra Corepla e le piattaforme di selezione; in ogni caso, Corepla ha confermato la propria disponibilità alla verifica della possibilità di giungere con Coripet a un accordo per entrambi soddisfacente e alla partecipazione a tavoli tecnici dedicati una volta portati alla necessaria, maggiore definizione, anzi tutto nel confronto con ANCI, dei principali tasselli del progetto Coripet.

15.2 Per quanto di maggiore interesse ai fini dell'odierno giudizio, risulta che nei mesi successivi:

- il giorno 22 ottobre 2018 (doc. 72 produzione ricorrente in primo grado) si è tenuto presso il Ministero dell’Ambiente e della tutela del territorio e del mare un incontro cui hanno preso parte pure l’ANCI, Coripet e Corepla; in tale sede l’Amministrazione statale ha tra l’altro invitato i partecipanti all’incontro, seppure nella piena autonomia, a ragionare in termini di rete, perché appartenenti allo stesso comparto;
- Corepla e Coripet si sono incontrati il 31 ottobre 2018 (doc. 36 produzione ricorrente in primo grado) per analizzare le modalità operative dei due Consorzi e per capire se e come le stesse potessero convivere; nell’ambito di tale incontro Coripet ha rappresentato il proprio punto di vista su talune questioni tecniche; Corepla si è riservata di valutare alcune informazioni nuove all’uopo fornite da Coripet, pure rappresentando che *“sulle prime, le criticità per lo più non paiono superate”*; entrambe le parti si sono riservate di riflettere su quanto emerso nell’incontro e si sono dichiarate disponibili a continuare il dialogo;
- l’importanza di un accordo tra Corepla e Coripet è stata affermata dallo stesso Ministero dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare che, con nota del 20 dicembre 2018 (doc. 40 produzione ricorrente in primo grado), comunicava a Coripet (e per conoscenza, anche, a Corepla) come la corretta gestione dei rifiuti di propria competenza sull’intero territorio nazionale non potesse prescindere, in ossequio alle disposizioni normative e alle prescrizioni poste nel decreto di riconoscimento, dall’attivazione di un accordo con i diversi soggetti operativi nel comparto di riferimento (ANCI e Corepla);
- con nota del 24.12.2018 (doc. 41 produzione attorea in primo grado) Coripet ha comunicato all’Amministrazione statale, altresì, l’attuale impossibilità di giungere ad un accordo con Corepla, anche perché quest’ultima riteneva preliminare la stipula di un accordo con l’ANCI, manifestando in tale contesto e per rispondere alla richiesta di rassicurazioni proveniente dall’Amministrazione statale circa l’applicazione del CRC e il finanziamento delle attività di ritiro degli imballaggi di competenza Coripet che, nelle more della definizione dei rapporti con ANCI e/o del possibile accordo di comparto tra tutti gli EPR *schemes* operativi sugli imballaggi, avrebbe inteso sostenere le attività di raccolta, selezione e ritiro, per la quota parte di propria competenza, remunerando direttamente Corepla, senza quindi incidere nel contesto da tempo strutturato e consolidato di cui alla nota ministeriale del 20.12.2018 cit.;
- per l’effetto, nella medesima giornata (doc. 42 produzione attorea in primo grado) Coripet ha chiesto a Corepla la convocazione di un tavolo tecnico per la definizione della quota parte dei costi che, dal 2019, avrebbe dovuto essere riversata su Coripet e finanziata con il CRC, manifestando la propria disponibilità, per agevolare i lavori del tavolo tecnico e garantire la messa a disposizione

delle risorse necessaria - in particolare alla raccolta comunale-, di finanziare le attività di raccolta, selezione e ritiro dei volumi di propria competenza in base al sistema attuale senza incidere nel contesto da tempo strutturato e consolidato, nelle more del possibile auspicato accordo di comparto;

- con nota del 31 gennaio 2019 (doc. 45 produzione attorea in primo grado), Corepla, per quanto di maggiore interesse, pur confermando la propria disponibilità a incontri tecnici per analizzare le modalità operative dei due consorzi e per capire come le stesse potessero convivere, ha rappresentato a Coripet l'impossibilità di partecipare a un tavolo tecnico riguardante il mero ritiro a valle delle proprie attività di raccolta e selezione degli imballaggi asseritamente di competenza di Coripet e, dunque, la sola determinazione dei costi da riconoscere a Corepla per la gestione dei relativi imballaggi, altrimenti emergendo una soluzione incompatibile con il requisito dell'autonomia dei sistemi, oltre che con il progetto Coripet e il relativo decreto di riconoscimento provvisorio;

- con nota del 15 febbraio 2019 (doc. 47 produzione attorea in primo grado), Corepla ha comunicato a Coripet di essere stata informata dell'intenzione di quest'ultima di procedere alla vendita dei materiali *“che non solo non sono in Vostro possesso, ma che non avete titolo di acquisire in mancanza, tra l'altro, di un accordo fra Voi e l'Anci e fra Voi e gli altri operatori economici, sussistendo invece accordi contrattuali che prevedono la consegna a COREPLA di tutto il materiale raccolto”*; per l'effetto, Corepla ha invitato Coripet ad astenersi da tali comportamenti e iniziative *“che violano i nostri diritti e ci riserviamo a riguardo ogni opportuna iniziativa e azione in tutte le sedi competenti”*, nonché ha auspicato un intervento ministeriale a tutela dell'ambiente e della collettività;

- Corepla, con ulteriore nota del 19.2.2019 (doc. 48 produzione attorea in primo grado), sempre rivolta a Coripet, ha ribadito che Coripet non aveva *“titolo per procedere alla vendita all'asta stante, se non altro, la mancanza di un accordo fra Voi e l'Anci e fra Voi e gli altri operatori economici, accordi previsti a tal fine dal decreto di riconoscimento provvisorio”*; ha confermato che la proposta di Coripet del 24.12.2018 cit. contraddiceva, tra l'altro, il requisito dell'autonomia, i contenuti del progetto Coripet e il decreto ministeriale di riconoscimento provvisorio; ha ritenuto che gli accordi stipulati da Corepla con terze parti non inibissero le attività previste dal decreto di riconoscimento (risultando tali attività semmai inibite dal mancato ottemperamento di Coripet alle prescrizioni del decreto ministeriale); ha rilevato che tali accordi, al tempo della loro sottoscrizione, non intendevano spiegare effetti verso Coripet se non altro per la ragione che Coripet non esisteva e, stante anche l'assenza di accordi tra Coripet e le stesse terze parti, erano ancora validi ed efficaci; nonché ha specificato che l'art. 11 dell'Allegato Tecnico Plastica all'Accordo Quadro ANCI /

Conai (la cui interpretazione sarebbe stata di competenza degli organi preposti alla *governance* dell'Accordo stesso) non era attinente alla pretesa di Coripet di vendere all'asta il PET, regolando i rapporti tra Corepla e i Convenzionati per le frazioni neutre a fronte delle quali Corepla gestiva i relativi imballaggi;

- Corepla con nota del 25 febbraio 2019 (doc. 50 produzione attorea in primo grado) ha comunicato ai CSS che Coripet, nonostante apposita diffida, aveva posto all'asta in data 20 febbraio 2019 volumi di PET in uscita dai Centri di Selezione a valere sulle produzioni di marzo 2019 e che tale asta *“è del tutto illegittima in quanto CORIPET non ha titolo alcuno per vendere detto PET”*; per l'effetto, Corepla ha invitato i CSS, *“in ragione del contratto in oggetto [di selezione di rifiuti di imballaggi in plastica] a non consegnare a chicchessia per conto di CORIPET volumi di PET di nostra proprietà”*;

- alcuni centri di selezione nel marzo 2019 (doc. 52 produzione attorea in primo grado e doc. 8 produzione Coripet in primo grado) hanno comunicato a Coripet che il contratto in essere con Corepla (definito anche come *“esclusivo”* da Argeco; pure Seruso discorre di *“contratto in esclusiva con COREPLA”*) ostava alla consegna a terzi soggetti del materiale conferito e trattato per conto di Corepla, non potendo, dunque, procedersi alla consegna del materiale a soggetti diversi da quelli indicati da Corepla;

- anche l'Associazione Assosele (rappresentativa delle aziende di selezione e valorizzazione degli imballaggi) con nota del 4 marzo 2019 (doc. 8 produzione Coripet in primo grado) ha confermato a Coripet che *“l'attuale contratto di selezione con COREPLA non prevede la possibilità di cedere/consegnare il materiale (in entrata e in uscita) a terzi, salva la previa autorizzazione scritta del Consorzio. La consegna a terzi non previamente autorizzata sarebbe causa di risoluzione automatica del contratto, con gravissimo danno del CSS, per cui, tra l'altro, il COREPLA è il principale se non l'esclusivo committente”*; l'Associazione ha pure rilevato che *“i CSS da noi rappresentati, tenuti al rispetto degli impegni contrattualmente assunti, non possono dunque dare corso, loro malgrado, alla vostra richiesta di consegna del materiale ai clienti riciclatori CORIPET, aggiudicatari dell'asta del 20.2.2019”*;

- Assosele con nota del 23 aprile 2019 (produzione Autorità in primo grado del 29.11.2019) ha pure manifestato la preoccupazione propria e delle imprese rappresentate in ordine a rischi di ulteriori chiusure anticoncorrenziali del mercato; l'Associazione, tra l'altro, ha riferito circa le *“condotte che il consorzio COREPLA, principale committente di tali imprese, sta portando avanti sfruttando la sua forza contrattuale e abusando della sua posizione dominante e della dipendenza economica di tali imprese dal medesimo (ci riferiamo da ultimo alla nota del 04 aprile, con cui COREPLA ha di*

*fatto imposto, in via unilaterale e con effetti retroattivi una proroga, recte: un nuovo accordo alle imprese di selezione, modificando alcuni aspetti contrattuali e mantenendo tutte le penalizzazioni per le imprese del comparto e le clausole di esclusiva”;*

- Assosele ha pure rappresentato a Corepla con nota dell’11 aprile 2019 (doc. 16 produzione Coripet di primo grado) la disponibilità a negoziare il nuovo contratto di selezione, discutendo tutti i punti dello stesso *“ma soprattutto quelli più critici come ... le clausole di esclusiva...”*

- dalla corrispondenza interna a Corepla (doc. 9 produzione Coripet in primo grado) è emersa l’intenzione del consorzio di filiera di confermare il contenuto della nota del 25.2.2019 cit. nei rapporti con un centro di selezione che domandava chiarimenti in ordine al riscontro che avrebbe dovuto essere fornito a Coripet circa *“le cause che ostino alla definizione dei rapporti con Coripet e alla consegna ai loro riciclatori”;*

- Coripet, tenuto conto che Corepla aveva chiesto ai centri di selezione di non consegnare a Coripet e ai suoi clienti aggiudicatari i volumi dell’asta del 20 febbraio 2019 e che i centri di selezione e la loro associazione Assosele avevano rappresentato a Coripet che non avrebbero proceduto alla messa a disposizione ai fini del ritiro dei lotti Coripet aggiudicati nella medesima asta, ha comunicato con nota del 9 marzo 2019 (doc. 22 produzione Autorità in primo grado) ai riciclatori, aggiudicatari dell’asta indetta da Coripet, *“la forza maggiore con riferimento all’intervenuto rifiuto da parte dei centri di selezione - che hanno la materiale disponibilità dei volumi da voi aggiudicati - e degli altri attori del comparto, di mettere a disposizione e consentire il ritiro dei lotti CORIPET. In ragione della suddetta impossibilità sopravvenuta, sono da ritenersi venute meno le reciproche obbligazioni derivanti dall’asta del 20.2.2019”.*

- l’insussistenza di accordi con ANCI, con i Comuni o loro delegati ovvero con i Centri di selezione è stata opposta da Corepla a Coripet anche con nota del 18 aprile 2019 (doc. 53 produzione Corepla in primo grado), pure a conferma dell’inesistenza di volumi di competenza di Coripet presso i Centri di selezione;

- l’ANCI, in audizione dinnanzi all’Autorità, in data 11 luglio 2019, tra l’altro, ha evidenziato *“un problema principale, al riguardo, che origina dalla previsione dell’Accordo ANCI-CONAI in virtù della quale il consorzio di filiera (nel caso della plastica COREPLA) accetta di convenzionarsi con i singoli comuni solo se il comune Convenzionato conferisce l’integralità della plastica derivante dalla raccolta differenziata urbana a COREPLA (cd. Clausola “tutto o niente”, art. 5 dell’accordo ANCI-CONAI attualmente in vigore in regime di prorogatio...”* (doc. 5 produzione Autorità in primo grado;

- Corepla con nota del 31 luglio 2019 (doc. 56 produzione attorea in primo grado), in relazione alle discrasie tecniche e fattuali nelle ricostruzioni rappresentate dai soggetti coinvolti nella vicenda in esame, ha ritenuto necessario un confronto tecnico costruttivo, manifestando la piena disponibilità a tenere dopo la pausa estiva, a partire dall'ultima settimana di agosto, un incontro tecnico, anche per chiarire quanto emerso dall'audizione ANCI e per porre in essere quanto necessario per la coesistenza del Progetto Coripet e del sistema Corepla qualora ANCI intendesse sottoscrivere un accordo con Coripet; con la medesima nota, comunque, Corepla ha rappresentato che, in merito alla clausola del "tutto o niente", fra ANCI e Corepla non vi era stata alcuna interlocuzione in merito, emergendo anzi che l'efficacia di detta clausola doveva ritenersi ridimensionata in relazione al mutato quadro regolatorio determinatosi a seguito del decreto di riconoscimento provvisorio del progetto Coripet, ragion per cui, alla luce di tale evidenza, Corepla non aveva mai fatto alcuna resistenza in proposito; Corepla, per quanto di interesse, pur ribadendo di non avere mai opposto la clausola del tutto o niente nei confronti di Coripet o dell'ANCI, ha comunque ammesso di partecipare alle negoziazioni del pertinente Allegato Tecnico all'Accordo Quadro (ma non alla Parte Generale dello stesso), rappresentando come *"è parimenti evidente che l'Allegato Tecnico Plastica non potrà che prevedere in proposito una limitazione degli effetti della clausola in parola in relazione al sistema CORIPET e ad eventuali ulteriori futuri sistemi autonomi"*;

- in data 11 settembre 2019 si è svolto un incontro tra l'ANCI, Coripet e Corepla.

15.3 In particolare, dal verbale di tale incontro (doc. 60 produzione attorea in primo grado) emerge che il legale rappresentante di Corepla ha negato di avere avuto alcuna intenzione di opporre ad alcuno la clausola del "tutto o niente", mentre il delegato politico di ANCI ha dichiarato che la clausola del tutto o niente era stata oggetto di negoziazione nelle trattative per il rinnovo dell'Accordo Quadro con Conai ed era stata dichiarata non negoziabile dal Conai che rappresentava anche Corepla. Corepla ha pure dichiarato che la clausola del "tutto o niente" non esisteva più o meglio per Corepla non era mai esistita.

15.4 All'esito dell'incontro tecnico, prima dell'adozione del provvedimento cautelare per cui è causa, rilevano:

- la nota del 1° ottobre 2019 (doc. 61 produzione attorea di primo grado), con cui Corepla ha rinnovato la disponibilità a nuovi incontri tecnici ANCI /Coripet/Corepla, volti a rendere compatibile con l'accordo ANCI /Corepla l'accordo che l'ANCI avrebbe concluso con Coripet, nonché, preso atto che nella fase transitoria Coripet avrebbe inteso adottare il modello in essere con pagamento dei costi di raccolta in ingresso, ha ritenuto che il principale aspetto riguardasse la modifica delle attuali procedure di analisi;

- la nota del 14 ottobre 2019 (doc. 62 produzione attorea di primo grado), con cui Corepla, tra l'altro, ha ribadito la propria disponibilità ad un nuovo incontro tecnico congiunto.

16. La successione degli eventi (maggiormente significativi), che concorrevano a delineare il quadro di riferimento preso in esame dall'Autorità ai fini dell'adozione delle misure cautelari per cui è causa, dimostra come sussistesse sia un'apparente infrazione alle norme che vietano lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante, sia un rischio di un danno grave e irreparabile alla concorrenza, da cautelare con un intervento d'urgenza dell'Autorità.

17. Soffermando l'attenzione sul primo profilo di indagine, riguardante il *fumus boni iuris*, dalla documentazione in atti emerge (*prima facie*) che Corepla ha tenuto condotte escludenti del consorzio Coripet:

- da un lato, contestando al consorzio Coripet la mancata conclusione di accordi con l'ANCI e i centri di selezione, sebbene una tale circostanza, come verrà osservato *infra*, non fosse imputabile ad una decisione di Coripet o alla indisponibilità dell'Anci, dei Comuni o dei centri di selezione, bensì alle clausole regolanti i rapporti tra Corepla, i convenzionati e i centri di selezione, limitative della concorrenza, non rinunciate da Corepla;

- dall'altro, vantando il diritto di disporre dell'intero materiale rinveniente dalla raccolta differenziata dei rifiuti *de quibus*, sulla base di clausole di dubbia compatibilità con il quadro regolatorio di riferimento, ha ostacolato l'attività del sistema autonomo di gestione, *new entrant* nel mercato, in specie in ordine alla possibilità di ottenere il riconoscimento definitivo ministeriale.

17.1 In particolare, come osservato, il mercato rilevante nell'odierno giudizio è rappresentato dalla gestione, in ambito nazionale, dell'avvio a riciclo degli imballaggi primari in plastica funzionale all'ottemperanza agli obblighi di EPR.

Corepla deteneva una posizione monopolistica, prima del riconoscimento provvisorio del sistema autonomo Coripet, essendo l'unico fornitore dei servizi di EPR in relazione ai rifiuti in esame; Coripet, per ottenere il riconoscimento definitivo, avrebbe dovuto assicurare il raggiungimento degli obiettivi definiti nel decreto ministeriale del 24 aprile 2018 cit., correlati alla gestione dei rifiuti riferibili all'immesso al consumo dei propri consorziati, improntata (tra l'altro) ai principi di efficienza, efficacia ed economicità.

Per non incorrere nel diniego del riconoscimento definitivo -che avrebbe, da un lato, procurato l'uscita dal mercato di Coripet, con conseguente protrazione di un assetto di mercato monopolistico, dall'altro, un effetto dissuasivo per l'ingresso nel mercato di nuovi operatori -, Coripet avrebbe dovuto, dunque, comprovare l'effettiva operatività del proprio sistema di gestione.

A tali fini, come disposto dallo stesso decreto ministeriale, trattandosi della gestione di rifiuti primari, in gran parte raccolti (se si esclude l'impiego degli eco-compattatori) attraverso il circuito della raccolta differenziata su iniziativa dei Comuni o degli operatori affidatari del relativo servizio pubblico, Coripet avrebbe dovuto concludere un accordo quadro con l'ANCI e singoli accordi con i vari enti comunali, al fine, da un lato, di assicurarsi la possibilità di ottenere il conferimento dei rifiuti da imballaggio in plastica derivanti dalla raccolta differenziata presso le piattaforme di selezione designate da Coripet, dall'altro, di adempiere agli obblighi EPR gravanti sui propri consorziati, richiedenti (altresì) una partecipazione ai costi della raccolta differenziata.

Coripet, per potere operare concretamente, avrebbe dovuto concludere anche specifici accordi con i Centri di selezione, ai fini delle conseguenti attività di recupero e riciclo, pure rientranti nell'ambito delle responsabilità dei produttori ai sensi dell'art. 221 D. Lgs. n. 152/06.

La possibilità effettiva di concludere accordi con l'ANCI, i Comuni e i Centri di Selezione era, dunque, essenziale per permettere l'operatività del sistema di gestione e, in ultima analisi, per consentire ai produttori consorziati di potere adempiere ai propri obblighi di gestione ambientale, relativi ai rifiuti derivanti dal proprio immesso al consumo.

17.2. A fronte di un tale contesto di mercato, la condotta del consorzio di filiera detentore di una posizione dominante, volta ad impedire ai nuovi sistemi di gestione, beneficiari di un riconoscimento provvisorio, di raggiungere gli obiettivi necessari per consentire il riconoscimento definitivo, attraverso pratiche incompatibili con il quadro normativo di riferimento, incentrate sulla riserva a sé dell'intero quantitativo dei rifiuti da imballaggio - anche in relazione a quantità di rifiuti non riferibili all'immesso al consumo dai propri consorziati- , non può ritenersi rispettosa della disciplina antitrust.

In particolare, la pretesa del consorzio di filiera di gestire per intero i rifiuti di imballaggio, anche a fronte di produttori che abbiano aderito ad un sistema autonomo di gestione provvisoriamente riconosciuto, come tale abilitato ad operare sul mercato, integra una condotta anomala, incentrata su mezzi diversi da quelli su cui si basa la concorrenza normale tra servizi fondata sulle prestazioni degli operatori economici, idonea ad impedire lo sviluppo della concorrenza nel mercato, come tale suscettibile di dare luogo ad uno sfruttamento abusivo di una posizione dominante ex art. 102 TFUE.

Difatti, sotto il profilo giuridico, la normativa in materia di rifiuti di imballaggio, alla stregua di quanto *supra* osservato, si fonda sulla possibile coesistenza del consorzio di filiera e dei sistemi autonomi di gestione, chiamati a fornire un servizio di ottemperanza agli obblighi di tutela

ambientale (in specie, in termini di raccolta, riciclaggio e recupero) posti dalla pertinente normativa settoriale a carico dei produttori.

Ciascun sistema di gestione è, dunque, chiamato a gestire i rifiuti derivanti dai prodotti immessi al consumo dai propri aderenti.

Nell'individuazione del materiale suscettibile di trattamento da parte di ciascun sistema di gestione occorre, peraltro, tenere conto della possibilità di identificare e separare materialmente i rifiuti del singolo produttore: particolari problemi si pongono proprio in relazione ai rifiuti di imballaggio primari conferiti al servizio pubblico di raccolta differenziata (quali quelli rilevanti nella specie), che, in ragione delle modalità di raccolta e selezione, non potrebbero essere materialmente separati sulla base del marchio o di altri segni distintivi dell'impresa produttrice.

Pertanto, in siffatte ipotesi, al fine di individuare i rifiuti suscettibili di essere trattati dal fornitore del servizio di ottemperanza agli obblighi di EPR - come pure emergente dallo stesso decreto di riconoscimento provvisorio del sistema Coripet (*supra* richiamato)- , occorre avere riguardo, anziché all'*eadem res*, al *tantundem eiusdem generis et qualitatis* e, dunque, ai rifiuti della stessa tipologia e quantità corrispondenti a quelli generati dai prodotti immessi al consumo dal singolo operatore.

Per l'effetto, a fronte di rifiuti insuscettibili di materiale separazione, il consorzio di filiera non potrebbe pretendere di trattare anche il quantitativo di rifiuti riconducibili ai volumi immessi al consumo dai produttori consorziati aderenti ad un diverso sistema di gestione.

Una tale condotta, oltre a non essere espressamente ammessa dal quadro normativo di riferimento, incentrato sulla possibile coesistenza del consorzio di filiera e dei sistemi autonomi di gestione:

- da un lato, darebbe luogo ad un servizio (di adempimento agli obblighi EPR) non richiesto dal committente, erogato dal consorzio di filiera in favore di soggetti terzi, aderenti ad un diverso sistema di gestione; si tratterebbe, dunque, di un servizio non giustificato sul piano causale, in assenza di un rapporto qualificato tra il fornitore e il produttore committente su cui, in ultima analisi, dovrebbero gravare gli obblighi di gestione ambientale;

- dall'altro e conseguentemente, sottrarrebbe i produttori aderenti al sistema autonomo dai propri obblighi di gestione ambientale, che verrebbero adempiuti spontaneamente dal consorzio di filiera, in assenza di un corrispondente onere economico (sotto forma di contributo consortile) a carico del produttore interessato; in tale modo si violerebbe la disciplina positiva, incentrata sulla valorizzazione della responsabilità dei produttori in relazione ai rifiuti derivanti dal proprio immesso al consumo, richiedente un effettivo concorso di ciascun produttore ai costi di gestione ambientale generati dalla propria attività economica.

La pretesa del consorzio di filiera di gestire rifiuti per un quantitativo eccedente a quello di spettanza dei propri consorziati, oltre a non essere giuridicamente giustificata, non potrebbe neppure essere sorretta da effettive ragioni economiche, emergendo, come osservato, un servizio in assenza di una corrispondente remunerazione (sotto forma del contributo consortile).

Né potrebbe ritenersi che i costi del servizio siano comunque interamente coperti dai ricavi derivanti dalla vendita del materiale selezionato dai CSS, trattandosi di mera eventualità, peraltro non adeguatamente provata (emergendo, anzi, dal punto 1 del provvedimento per cui è causa che nel 2017, il bilancio di Corepla evidenziava ricavi totali per 545,2 milioni di euro, di cui ricavi da contributo ambientale 398,7 milioni e ricavi da vendite per riciclo 104,3 milioni, a dimostrazione di come la quota maggioritaria dei ricavi discendesse dal contributo ambientale, non potendo essere sostenuta l'attività economica esclusivamente sulla base dei ricavi attesi dalle vendite per riciclo).

Parimenti, non potrebbe valorizzarsi la previsione di cui all'art. 221, comma 9, D. Lgs. n. 152/06, che, in caso di mancato riconoscimento del sistema autonomo o di revoca del riconoscimento, impone ai produttori di partecipare ad uno dei consorzi filiera e, assieme ai propri utilizzatori di ogni livello fino al consumo, al Conai, con l'effetto di vincolare gli aderenti al pagamento in via retroattiva del contributo ambientale previsto dall'articolo 224, comma 3, lettera h), D. Lgs. n. 152/06 e dei relativi interessi di mora.

Difatti, i contributi da corrispondere in via retroattiva dai produttori, aderenti ad un sistema autonomo di gestione non riconosciuto in via definitiva o titolare di un'autorizzazione successivamente revocata, configurano (ancora una volta) poste meramente eventuali, come tali insuscettibili di fondare le strategie di impresa di un investitore razionale. Una tale condotta, peraltro, disvelerebbe un intento escludente del sistema autonomo di gestione dal relativo mercato.

Emerge, dunque, che la pretesa del consorzio di filiera, titolare di una posizione dominante nel mercato, di gestire, altresì, i rifiuti riferibili all'immesso al consumo di produttori terzi, non aderenti al consorzio stesso, non potrebbe essere giustificata sul piano giuridico ed economico.

Una tale strategia potrebbe, invero, essere sorretta dall'intenzione, attuata attraverso una condotta anomala (con mezzi diversi da quelli su cui si basa la concorrenza normale, preclusi dalla normativa di riferimento), da un lato, di impedire l'operatività dei sistemi autonomi di gestione legittimamente entrati nel mercato (in quanto destinatari di un riconoscimento ministeriale, seppure provvisorio), in tale modo posti nell'impossibilità di raggiungere gli obiettivi di tutela ambientali necessari per ottenere il riconoscimento definitivo; dall'altro e per l'effetto, di dissuadere nuovi operatori dall'ingresso nel mercato, in tale modo consolidando la posizione di dominanza dell'*incumbent*; con

conseguente violazione del divieto di cui all'art. 102 TFUE in ragione dell'effetto ostativo allo sviluppo della concorrenza nel mercato così emergente.

17.3. Il che si è verificato nel caso di specie.

Avuto riguardo alle circostanze esistenti al momento dell'adozione del provvedimento impugnato in primo grado, risulta infatti verosimile che il Consorzio Corepla, sfruttando la propria posizione di dominanza, abbia impedito al Consorzio Coripet di operare concretamente ai fini del raggiungimento di quegli obiettivi di gestione ambientali necessari per ottenere il riconoscimento definitivo ministeriale.

17.4 Un primo ostacolo è stato rappresentato dalla clausola “*tutto o niente*”, prevista dall'art. 5 dell'accordo ANCI- Conai (doc. 21 produzione ricorrente primo grado, recante comunque in rinvio alle modalità previste nello specifico allegato tecnico) e dall'art. 3 dell'Allegato tecnico imballaggi in plastica – Accordo ANCI-COREPLA (doc. 22 produzione ricorrente primo grado).

In forza di tale clausola, la sottoscrizione delle convenzioni con uno specifico Consorzio avrebbe impegnato il Comune a conferire tutti i rifiuti di imballaggio attinenti a quella filiera al relativo Consorzio secondo le modalità previste dallo specifico allegato tecnico; i Consorzi di filiera sarebbero stati parimenti impegnati al ritiro dei medesimi rifiuti e al riconoscimento dei corrispettivi per i maggiori oneri della raccolta differenziata dei rifiuti di imballaggio.

L'allegato Tecnico Imballaggi in Plastica prevedeva, parimenti, l'impegno del convenzionato all'organizzazione della raccolta, alla sua gestione e al conferimento di tutte le tipologie di rifiuti di imballaggio in plastica raccolti di competenza di Corepla alla piattaforma definita con Corepla stesso (salva la diversa disciplina dettata per i rifiuti di imballaggi in plastica provenienti da circuiti di raccolta non domestica).

Ne deriva che, sebbene la clausola *de qua* inserita nell'Accordo quadro, parte generale, non fosse stata negoziata da Corepla, la stessa, da un lato, trovava una specificazione nell'Allegato Tecnico negoziato da Corepla, dall'altro, attribuiva a quest'ultimo un diritto esercitabile nei confronti dei convenzionati. Corepla, in ogni caso, ha conformato la propria condotta sul presupposto della vigenza di una tale clausola.

In particolare, nonostante il contesto di mercato fosse mutato con l'ingresso di un nuovo operatore (Coripet, beneficiario di un'autorizzazione provvisoria) e con il recesso dal consorzio di filiera di numerosi produttori aderenti al nuovo sistema di gestione (cfr documenti nn. 39, 46, 51, 54 e 55 produzione ricorrente in primo grado), Corepla, anziché limitare la propria attività alla gestione dei rifiuti riconducibili ai prodotti immessi al consumo dei propri consorziati, ha continuato ad

avvalersi della clausola in parola, pretendendo di gestire in via integrale i rifiuti di imballaggio derivanti dalla raccolta differenziata.

La clausola *de qua*, definita in un contesto in cui Corepla assumeva una posizione di monopolio, non avrebbe potuto tuttavia operare una volta mutate le circostanze alla base della sua negoziazione, atteso che avrebbe dovuto essere garantita la possibilità per i Comuni convenzionati di suddividere la raccolta differenziata tra il consorzio di filiera e gli eventuali sistemi autonomi di gestione muniti di riconoscimento (anche provvisorio) ministeriale.

Tale possibilità era preclusa dalla clausola *de qua*: il Comune convenzionato, per potere conferire una quota di raccolta differenziata ad un operatore diverso da Corepla, avrebbe dovuto esercitare il recesso dalla convenzione conclusa con il consorzio di filiera.

Il recesso contrattuale, tuttavia, perché sia apprezzabile al fine di escludere l'eventuale effetto anticompetitivo del contratto, deve essere effettivo, configurandosi come un'alternativa non soltanto giuridicamente ammissibile, ma anche economicamente praticabile: a tali fini, devono essere valutate le condizioni nelle quali si sviluppa il gioco della concorrenza sul mercato di riferimento, tenuto del numero e della dimensione dei produttori presenti sul mercato e del grado di saturazione del mercato.

Con riferimento al caso di specie, Corepla, fino al riconoscimento provvisorio del sistema Coripet, deteneva una posizione monopolistica; Coripet ha avviato la gestione ambientale in relazione ai soli imballaggi in PET, derivanti dall'immesso al consumo dei propri consorziati.

In siffatte ipotesi, il recesso dei Comuni dalle convenzioni conclusi con Corepla non avrebbe potuto ritenersi un rimedio effettivo, economicamente praticabile, in quanto avrebbe esposto gli enti convenzionati al concreto rischio che la grande parte dei rifiuti conferiti al servizio pubblico non fosse stata finanziata, potendo provvedervi il sistema Coripet per una quota minoritaria, in proporzione alla quantità dei soli imballaggi immessi al consumo dai propri consorziati.

La clausola "tutto o niente" costituiva, dunque, un ostacolo alla sottoscrizione di accordi tra Coripet e l'Anci, nonché tra Coripet e i Comuni, non suscettibile di essere rimosso dalla previsione del recesso esercitabile dagli enti locali in relazione alle convenzioni concluse con Corepla; il che è confermato dalla documentazione in atti.

L'ANCI, in audizione dinnanzi all'Autorità, in data 11 luglio 2019, ha chiaramente segnalato come il consorzio di filiera (nel caso della plastica Corepla) accettasse di convenzionarsi con i singoli comuni solo se il comune Convenzionato avesse conferito l'integralità della plastica derivante dalla raccolta differenziata urbana a Corepla (cd. Clausola "tutto o niente"). Tale clausola risultava formulata in termini che non consentivano al gestore della raccolta di decidere unilateralmente di

suddividere la stessa tra il consorzio di filiera e altri eventuali consorzi autonomi. Per i Comuni non ci sarebbero stati problemi se il corrispettivo per il materiale consegnato alle piattaforme di selezione fosse stato versato in parte da Corepla e in parte da Coripet, ma, in assenza di una rinuncia da parte di Corepla alla clausola *de qua* in proprio favore, gli accordi in essere avrebbero vincolato i Convenzionati a consegnare tutte la RDU a Corepla e dunque avrebbero impedito ad ANCI di negoziare efficacemente con Coripet; ANCI ha inoltre ritenuto possibile, anche in vigenza dell'accordo ANCI -Conai, un accordo tra ANCI, Corepla e Coripet, ognuno per le proprie competenza, volto a permettere la ripartizione dei rifiuti in PED da RDU.

La mancata sottoscrizione di un accordo quadro ANCI- Coripet o di convenzioni tra i Comuni e Coripet -essenziali per permettere al nuovo sistema di gestione di poter operare, acquisendo la disponibilità materiale dei rifiuti di propria competenza - non dipendeva, dunque, dall'indisponibilità di una delle due parti alla contrattazione, ma dalla presenza di una clausola ("*tutto o niente*"), regolante i rapporti tra Corepla e i convenzionati, ormai non compatibile con un quadro normativo incentrato sulla coesistenza di più sistemi di gestione nell'adempimento degli obblighi EPR che, dunque, esige la possibilità per ciascuno di essi di intercettare il quantitativo di rifiuti derivanti dall'immesso al consumo dei rispettivi produttori aderenti.

Né potrebbe rilevarsi che la clausola, da un lato, era stata convenuta dal Conai, dall'altro, non era stata formalmente opposta da Corepla nei confronti di ANCI o Coripet, tenuto conto che Corepla:

- non ha rinunciato ad una clausola che risultava comunque conclusa in suo favore, perché costitutiva di diritti di esclusiva (aventi ad oggetto la consegna dell'intero materiale derivante dalla raccolta differenziata dei rifiuti *de quibus*) dalla stessa esercitabili;
- ha comunque fatto valere nei confronti di Coripet la cogenza degli accordi in essere, "*che prevedono la consegna a COREPLA di tutto il materiale raccolto*" (cfr. nota del 15.2.2019 cit.), rappresentando che tali accordi evidentemente comprendenti la clausola del "tutto o niente", dovevano ritenersi ancora validi ed efficaci (cfr. nota Corepla del 19.2.2019 cit.);
- ha precisato di essere legittimata alla partecipazione alle negoziazioni dell'Allegato Tecnico all'Accordo Quadro ANCI- Conai, rappresentando come "*è parimenti evidente che l'Allegato Tecnico Plastica non potrà che prevedere in proposito una limitazione degli effetti della clausola in parola in relazione al sistema CORIPET e ad eventuali ulteriori futuri sistemi autonomi*" (cfr. nota del 31 luglio 2019 cit.), in tale modo ammettendo comunque la sua legittimazione a concorrere alla modifica del quadro negoziale di riferimento, comunque necessario per rendere inoperativa la clausola del tutto o niente, non più compatibile con il nuovo assetto del mercato.

Per l'effetto, diversamente da quanto dedotto da Corepla (pure nell'incontro dell'11 settembre 2019 cit.), deve ritenersi che Corepla avesse ripetutamente valorizzato la presenza di accordi che riservavano a sé l'intero materiale derivante dalla raccolta differenziata dei rifiuti per cui è causa, il che non poteva che presupporre (altresì) l'operatività della clausola "tutto o niente", ostativa ad una consegna parziale del materiale da parte dei convenzionati in favore di operatori diversi da Corepla. Di conseguenza, tenuto conto dello standard probatorio richiesto per l'adozione di un provvedimento cautelare antitrust *supra* delineato, la pretesa del consorzio di filiera di gestire (anche sulla base della clausola "tutto o niente" in esame) l'intero materiale derivante dalla raccolta differenziata sembrava idonea ad ostacolare la conclusione di accordi (con l'ANCI e i Comuni) essenziali per l'operatività di un nuovo sistema autonomo di gestione legittimamente entrato nel mercato e, per l'effetto, appariva configurare una condotta anomala implicante uno sfruttamento abusivo di posizione dominante ex art. 102 TFUE.

17.5 L'apparente sfruttamento abusivo della posizione dominante detenuta da Corepla discende, altresì, dalla pretesa applicazione di clausole di esclusiva apposte nei contratti conclusi con i centri di selezione.

Come *supra* osservato, i sistemi autonomi di gestione ambientale, per potere concretamente operare -e, dunque, per adempiere agli obblighi di recupero e riciclaggio gravanti a carico dei produttori aderenti -, devono potere stipulare, altresì, accordi con i CSS presenti sul territorio, ai fini della selezione dei volumi conferiti e della loro successiva acquisizione per la vendita (anche all'asta).

Il contratto concluso tra Corepla e i centri di selezione (art. 3.6 - doc. 10 produzione Autorità in primo grado), salvo autorizzazione scritta di Corepla, non consentiva ai centri di selezione di disporre, vendere o trasferire a terzi a qualsiasi titolo, il materiale in ingresso, i prodotti e i semiprodotti, che risultavano essere nell'esclusiva disponibilità di Corepla.

In tale modo, il consorzio di filiera ostacolava l'attività economica dei nuovi operatori di mercato, cui era preclusa la possibilità di rivolgersi ai centri di selezione in relazione al quantitativo di rifiuti derivante dai prodotti immessi al consumo dai propri consorziati.

La vigenza di tali accordi, comportanti la riserva a Corepla di tutto il materiale derivante dalla raccolta differenziata e conferito presso i centri di selezione, è stata espressamente opposta da Corepla sia a Coripet (cfr. note del 15.2.2019 e 19.2.2019 cit.), sia ai centri di selezione (cfr. nota del 25.2.2019 cit.).

Gli stessi centri di selezione hanno rappresentato a Coripet di essere vincolati da clausole che impedivano la consegna a terzi soggetti del materiale conferito e trattato per conto di Corepla (cfr. doc. 52 produzione attorea in primo grado e doc. 8 produzione Coripet in primo grado cit.).

La presenza di un ostacolo alla concorrenza, opposto dall'operatore *incumbent* attraverso la pretesa applicazione di siffatte clausole di esclusiva, risulta confermata dalla posizione espressa da Assoele nelle note del 4.3.2019 del 23.4.2019 *supra* richiamate.

In particolare, l'Associazione:

- aveva manifestato forte preoccupazione *“per i rischi di ulteriori chiusure anticoncorrenziali del mercato in oggetto (anche alla luce di quanto trapelato circa le modalità e i contenuti del rinnovo dell'ANCICONAI, in particolare sul tema della selezione del multi materiale, v. nostra nota del 11 aprile u.s.) e per le condotte che il consorzio COREPLA, principale committente di tali imprese, sta portando avanti sfruttando la sua forza contrattuale e abusando della sua posizione dominante e della dipendenza economica di tali imprese dal medesimo (ci riferiamo da ultimo alla nota del 04 aprile, con cui COREPLA ha di fatto imposto, in via unilaterale e con effetti retroattivi una proroga, recte: un nuovo accordo alle imprese di selezione, modificando alcuni aspetti contrattuali e mantenendo tutte le penalizzazioni per le imprese del comparto e le clausole di esclusiva”* (nota del 23.4.2019);

- aveva rappresentato a CORIPET con nota del 4.3.2019 che *“l'attuale contratto di selezione con COREPLA non prevede la possibilità di cedere/consegnare il materiale (in entrata e in uscita) a terzi, salva la previa autorizzazione scritta del Consorzio. La consegna a terzi non previamente autorizzata sarebbe causa di risoluzione automatica del contratto, con gravissimo danno del CSS, per cui, tra l'altro, il COREPLA è il principale se non l'esclusivo committente. Al riguardo, vi informiamo che i CSS hanno poi ricevuto dal COREPLA nota del 25 febbraio scorso, con cui il Consorzio rappresenta che non avete titolo sul materiale da voi messo all'asta e con invito finale, in ragione del contratto di selezione, a non consegnare “a chicchessia per conto di CORIPET volumi di PET di nostra proprietà”*.

Ne deriva che l'impossibilità per i centri di selezione di contrarre con Coripet al fine di riconoscere al sistema autonomo di gestione la quota parte del materiale riferibile ai prodotti immessi al consumo dai propri consorziati, non derivava da una loro indisponibilità a contrarre con Coripet, bensì discendeva, oltre che dall'assenza (per quanto sopra osservato, imputabile alla clausola *“tutto o niente”*) di convenzioni con i Comuni idonee ad intercettare la raccolta differenziata (sull'importanza di tali accordi cfr. pure la nota Assosele del 5.2.2019 prodotta dall'Autorità in primo grado in data 9.6.2020), anche dalle clausole di esclusiva negoziate da Corepla, che non consentivano ai centri di selezione di cedere a terzi il materiale in entrata e in uscita senza la preventiva autorizzazione di Corepla.

Attraverso la combinazione delle clausole “*tutto o niente*” riferite ai rapporti con i convenzionati e delle clausole di esclusiva riguardanti i rapporti con i centri di selezione, il consorzio di filiera sembrava, dunque, ostacolare l’apertura del mercato alla concorrenza, manifestando una pretesa non meritevole di tutela, incentrata sulla gestione integrale dei rifiuti di imballaggio, anche per la quota riferibile a produttori aderenti ad un autonomo sistema di gestione ambientale.

17.6 Non potrebbe diversamente argomentarsi neppure facendo leva sulla disponibilità, comunque manifestata da Corepla, di prendere parte a tavoli tecnici con Coripet.

Al riguardo, si premette che l’importanza di un accordo tra Corepla e Coripet era stata affermata dallo stesso Ministero dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare che, con nota del 20 dicembre 2018 cit., comunicava a Coripet (e per conoscenza, anche, a Corepla) come la corretta gestione dei rifiuti di propria competenza sull’intero territorio nazionale non potesse prescindere, in ossequio alle disposizioni normative e alle prescrizioni poste nel decreto di riconoscimento, dall’attivazione di un accordo con i diversi soggetti operativi nel comparto di riferimento (ANCI e Corepla).

Dalla documentazione in atti emerge che Corepla:

- ha condiviso la posizione del Conai (espressa nell’incontro del 28 giugno 2018 cit.), secondo cui risultava necessario che Coripet concludesse preliminarmente gli occorrenti contratti con l’ANCI e gli altri operatori economici coinvolti, in assenza dei quali sarebbe stato arduo poter definire in concreto possibili convergenze; l’assenza di accordi tra Coripet, l’ANCI e gli altri operatori economici è stata valorizzata da Corepla anche nei mesi successivi all’incontro del giugno 2018 (cfr. nota Corepla del 19.2.2019 e del 18.4.2019 cit.); come *supra* osservato, tali accordi, tuttavia, non avrebbero potuto essere conclusi in virtù delle clausole di esclusiva regolanti i rapporti tra Corepla, i convenzionati e i centri di selezione, con la conseguenza che, opponendo la mancata conclusione di accordi preliminari con ANCI e gli operatori del settore, Corepla perseverava nello sfruttamento abusivo della propria posizione dominante, frapponendo un ostacolo (anche alla conclusione di accordi tecnici) che derivava da clausole di esclusiva concluse in proprio favore, incompatibili con l’assetto concorrenziale del mercato prefigurato dal legislatore;
- ha rappresentato l’impossibilità di partecipare a un tavolo tecnico riguardante il mero ritiro a valle delle proprie attività di raccolta e selezione degli imballaggi asseritamente di competenza di Coripet e, dunque, la sola determinazione dei costi da riconoscere a Corepla per la gestione dei relativi imballaggi, altrimenti emergendo una soluzione incompatibile con il requisito dell’autonomia dei sistemi, con il progetto Coripet e con il relativo decreto di riconoscimento provvisorio (nota del 31 gennaio 2019 cit.); tuttavia, la proposta di Coripet– di finanziare le attività di raccolta, selezione e

ritiro dei volumi di propria competenza in base al sistema attuale senza incidere nel contesto da tempo strutturato e consolidato – era stata presentata “*nelle more del possibile auspicato accordo di comparto*” (cfr. nota del 24.12.2018 cit.) e, dunque, al fine di consentire, comunque, al nuovo operatore di settore di concorrere in via provvisoria alle spese riferite alla gestione dei rifiuti riconducibili all’impresso al consumo dei propri consorziati, tenuto conto che al tempo non era ancora possibile per Coripet, in assenza degli occorrenti accordi con i Comuni e i Centri di selezione (per fatto imputabile alle clausole sopra esaminate, invocate da Corepla), provvedere in via diretta all’intero ciclo di gestione dei rifiuti;

- ha ribadito di avere il possesso di tutto il materiale raccolto (note del 15.2.2019 e del 19.2.2019); il che conferma come Coripet non potesse che limitarsi, al tempo, ad un concorso finanziario alla gestione dei rifiuti, non consentendo Corepla un prelievo degli stessi per la quota corrispondente all’impresso al consumo dei consorziati aderenti al sistema autonomo e, dunque, essendo impossibile per Coripet provvedere alla gestione materiale del relativo quantitativo di competenza.

Per l’effetto, emerge un quadro fattuale in cui Coripet, da un lato, per effetto delle clausole regolanti i rapporti tra Corepla e gli altri operatori del mercato e fatte valere dall’odierno appellante, non aveva la possibilità di concludere contratti con l’ANCI, i Comuni e i centri di selezione, sebbene tali atti fossero essenziali per potere acquisire la disponibilità del quantitativo di rifiuti corrispondenti all’impresso al consumo dei propri consorziati, dall’altro, per effetto del rifiuto opposto da Corepla, non aveva la possibilità neppure di concorrere alla gestione ambientale dei relativi rifiuti attraverso un esborso economico.

In tale maniera, la disponibilità ad incontri tecnici manifestata da Corepla non poteva ritenersi effettiva e, dunque, idonea ad impedire l’intervento dell’Autorità, in quanto, da un lato, risultava subordinata a condizioni la cui verifica risultava ostacolata dalla stessa condotta dell’odierno appellante (conclusione degli accordi con l’ANCI, i Comuni e i centri di selezione), dall’altro, escludeva pure una modalità di adempimento degli obblighi EPR (finanziaria), che al tempo, a fronte della pretesa di Corepla di disporre interamente del materiale derivante dalla raccolta differenziata e dalla selezione dei rifiuti di imballaggio, risultava provvisoriamente l’unica praticabile da parte del sistema autonomo di gestione.

Né potrebbe diversamente argomentarsi sulla base della disponibilità ad ulteriori incontri tecnici manifestata da Corepla nell’incontro del settembre e nelle note dell’ottobre 2019 *supra* richiamate, tenuto conto che tale disponibilità:

- risultava genericamente affermata, senza essersi tradotta al tempo in alcun accordo effettivo;

- richiamava ancora la conclusione di un accordo ANCI -Coripet che non si era perfezionato, rinviando ulteriormente la definizione del relativo accordo tecnico (cfr. nota del 1° ottobre 2019 che richiamava nuovi incontri tecnici ANCI /Coripet/Corepla, volti a rendere compatibile con l'accordo ANCI /Corepla l'accordo che l'ANCI avrebbe concluso con Coripet).

In ogni caso, risultavano trascorsi numerosi mesi senza che fossero stati conclusi i relativi accordi tecnici e, in via generale, senza che Coripet fosse stata posta in condizione di potere operare, nonostante l'impellente necessità di raggiungere i prescritti obiettivi di gestione ambientale ai fini del riconoscimento definitivo del sistema autonomo.

Parimenti, il rifiuto di conclusione di un accordo ponte non avrebbe potuto giustificarsi neppure sull'assunto per cui un tale atto avrebbe posto da un giorno all'altro importanti volumi di PET fuori dal sistema consortile, con conseguente pregiudizio economico per il consorzio di filiera, tenuto conto che quest'ultimo, a fronte dell'ingresso nel mercato di un nuovo operatore all'uopo autorizzato (seppure in via provvisoria), non avrebbe potuto comunque vantare la pretesa di gestire anche la quantità di rifiuti di competenza del nuovo operatore (e, dunque, discendenti dall'immesso al consumo dei produttori recedenti da Corepla e aderenti a Coripet), altrimenti emergendo una condotta non compatibile con il quadro normativo di riferimento, ostacolante indebitamente l'operatività del *new entrant*.

17.7 La sussistenza di uno sfruttamento abusivo della posizione dominante detenuta da Corepla si è *prima facie* manifestata anche in relazione all'asta organizzata da Coripet in relazione al quantitativo dei rifiuti in PET riferibile all'immesso al consumo dei propri consorziati.

Sebbene Coripet non avesse effettivamente concluso i necessari accordi con l'ANCI, i Comuni e i centri di selezione, al fine di acquisire i titoli di disponibilità dei relativi rifiuti (derivanti dalla raccolta differenziata e dalla selezione della plastica), non poteva comunque giustificarsi la condotta tenuta da Corepla, tradottasi nella pretesa di gestire in via esclusiva l'intero quantitativo dei rifiuti in esame, invocando in proprio favore vincoli negoziali pregressi non più giustificabili a fronte dell'ingresso nel mercato di un nuovo sistema di gestione.

Corepla, in particolare, invocando l'assetto negoziale attuato nei rapporti con l'ANCI, i convenzionati e i centri di selezione, a monte, sembrava ostacolare il nuovo sistema autonomo di gestione a concludere i contratti per acquisire la disponibilità dei rifiuti *de quibus*, a valle e per l'effetto, sembrava negare al nuovo operatore economico di acquisire materialmente la disponibilità del materiale selezionato ai fini dell'organizzazione delle relative aste.

Così come la pretesa di riservare a sé l'intero materiale derivante dalla raccolta differenziata dei rifiuti *de quibus* non poteva ritenersi giustificata giuridicamente ed economicamente, di

conseguenza, non poteva essere favorevolmente apprezzata sul piano antitrust neppure la pretesa di gestire per intero il materiale selezionato ai fini della relativa vendita.

Una tale condotta, correttamente censurata dall'Autorità, costituiva un'ulteriore manifestazione dell'apparente sfruttamento abusivo della posizione di dominanza per cui è causa.

Ciò a prescindere dalla liceità della condotta tenuta da Coripet, che al tempo non aveva potuto negoziare gli accordi necessari per acquisire il titolo di disponibilità dei rifiuti *de quibus* (accordi con ANCI, comuni e centri di selezione) in ragione -come *supra* osservato- degli ostacoli opposti dall'odierno appellante: a tale proposito, giova precisare che la stessa Autorità, nel discorrere (al punto 45 del provvedimento) di "*diritto*" di Coripet ad ottenere la quota parte di materiale di sua spettanza, ha comunque subordinato tale diritto alla conclusione degli accordi prodromici con i convenzionati (la cui rilevanza è valorizzata anche al punto 13 del provvedimento), richiamando la "*condizione che ai convenzionati sia garantito quantomeno lo stesso introito pattuito con COREPLA*" e il "*previo versamento ai convenzionati della propria quota parte di contributo per la raccolta differenziata*", a conferma di come gli accordi con gli enti locali fossero comunque necessari per attribuire a Coripet il titolo di disponibilità dei rifiuti in parola (cfr. anche punto 14 del provvedimento, in cui si valorizza l'importanza delle "*relazioni contrattuali necessarie affinché le transazioni possano essere eseguite e regolate*").

Nonostante l'essenzialità di tali accordi preliminari, comunque, Corepla non avrebbe potuto contestare l'asta indetta e gestita da Coripet, pretendendo nei confronti di Coripet (cfr. nota del 15.2.2019 cit.) e dei centri di selezione (cfr. nota del 25.2.2019) di riservare a sé "*tutto il materiale raccolto*", facendosi questione di un quantitativo di rifiuti eccedente l'immesso in consumo degli aderenti al consorzio di filiera, che non avrebbe potuto essere gestito da Corepla alla stregua della normativa vigente in materia.

17.7 Alla luce delle considerazioni svolte, emerge la sussistenza dei presupposti legittimanti l'intervento cautelare dell'Autorità.

Nel caso di specie, l'Autorità non ha adottato misure definitive, in favore di un operatore di mercato, lesive degli obiettivi di gestione ambientale, a fronte di una condotta lecita dell'*incumbent*, bensì ha correttamente rilevato, *prima facie*:

- l'esistenza di una condotta anomala di Corepla, incentrata su mezzi diversi da quelli su cui si basa la concorrenza normale tra servizi fondata sulle prestazioni degli operatori economici, tradottasi nella pretesa del consorzio di filiera di gestire per intero il materiale derivante dalla raccolta differenziata dei rifiuti per cui è causa, anche per il quantitativo eccedente quello riferibile

all'immesso al consumo dei propri consorziati, con conseguente manifestazione di pretese giuridicamente ed economicamente ingiustificabili;

- l'idoneità della condotta in esame ad impedire lo sviluppo della concorrenza nel mercato, ostacolando un sistema autonomo di gestione, provvisoriamente riconosciuto, nello svolgimento della sua attività economica, in specie nella conclusione degli accordi (con l'ANCI, i titolari o i gestori del servizio della raccolta differenziata e i centri di selezione) necessari per assicurare al *new entrant* la disponibilità dei rifiuti riferibili all'immesso al consumo dei propri aderenti e, dunque, per fornire il servizio di adempimento degli obblighi EPR per cui il sistema autonomo era stato costituito;

- l'esistenza di un danno grave e irreparabile all'assetto concorrenziale del mercato, tenuto conto che il sistema autonomo di gestione risultava destinatario di un riconoscimento ministeriale soltanto provvisorio, ragion per cui l'impossibilità di funzionamento dipendente dalla condotta tenuta da Corepla avrebbe impedito il conseguimento di quegli obiettivi di gestione ambientale prescritti dall'autorità ministeriale ai fini del riconoscimento definitivo; per l'effetto, essendo ormai decorso (alla data di adozione del provvedimento per cui è causa) un rilevante arco temporale dalla data di autorizzazione provvisoria senza che, in ragione degli ostacoli opposti da Corepla *supra* richiamati, il nuovo sistema di gestione fosse stato in condizione di potere concretamente operare, considerata l'esistenza di un termine finale entro cui gli obiettivi di gestione avrebbero dovuto essere conseguiti, risultava riscontrabile un concreto e attuale rischio che la condotta dell'odierno appellante, oggetto del procedimento antitrust, nelle more della sua conclusione, impedisse a Coripet di conseguire il riconoscimento definitivo, in tale modo ripristinando una posizione di monopolio e producendo un effetto dissuasivo per l'ingresso nel mercato di nuovi operatori.

Non potrebbe neppure diversamente argomentarsi sulla base del tempo impiegato dall'Autorità per giungere alla decisione cautelare – asseritamente incompatibile con le ragioni di urgenza caratterizzante ogni intervento cautelare -, tenuto conto che, da un lato, l'Autorità è intervenuta in tempo utile per evitare la concretizzazione di un grave e irreparabile danno alla concorrenza, risultando ancora possibile ripristinare il corretto svolgimento del gioco concorrenziale per consentire al Consorzio Coripet di potere operare ai fini del raggiungimento degli obiettivi di gestione ambientale rilevanti per il conseguimento del riconoscimento definitivo e, dunque, per evitare il consolidamento apparentemente abusivo della posizione monopolistica; dall'altro, il tempo concretamente occorso per l'adozione del provvedimento impugnato in prime cure risultava funzionale ad una compiuta ricostruzione dei presupposti cautelari, anche tenuto conto delle stesse esigenze manifestate dall'odierno appellante (cfr. punto 7 del provvedimento, in cui si dà atto delle

richieste di Corepla, accolte dall'Autorità, di proroga per il deposito di memorie cautelari e di approfondimento istruttorio finalizzato ad acquisire la posizione di ANCI).

Ne deriva che l'intervento cautelare non mirava a beneficiare un operatore, bensì tendeva ad assicurare l'assetto concorrenziale del mercato, eliminando le apparenti barriere anticompetitive opposte dall'*incumbent*.

Come si vedrà *amplius infra*, nella disamina delle misure cautelari all'uopo assunte, l'Autorità non ha neppure imposto alcun obbligo di convenzionamento ai Comuni, né ha permesso a Coripet di operare in assenza dei requisiti prescritti dal decreto di riconoscimento, ma, intervenendo sulla clausola "*tutto o niente*" e sulle clausole di esclusiva sopra richiamate, ha posto i Comuni e i centri di selezione in condizione di negoziare liberamente con i sistemi autonomi di gestione, in maniera che un eventuale rifiuto di contrarre (comunque ammissibile) fosse giustificato da una libera scelta della parte (in ragione, ad esempio, di una valutazione negativa della convenienza della proposta negoziale), ma non fosse condizionato, come invece avveniva in precedenza, da vincoli contrattuali pattuiti in favore di Corepla, non giustificati dalla normativa di riferimento.

Parimenti, l'Autorità ha inteso porre il nuovo operatore economico nelle condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della condotta abusiva *prima facie* imputata all'odierno appellante, eliminando gli effetti lesivi dell'illecito contestato e, in tale modo, evitando che nelle more del procedimento potesse concretizzarsi un grave ed irreparabile danno alla concorrenza.

Le misure in esame, in particolare, non abilitavano Coripet ad operare in difetto dei requisiti prescritti dal decreto ministeriale, ma tendevano ad impedire l'esclusione dal mercato (per effetto di un diniego di riconoscimento ministeriale definitivo) del nuovo operatore in ragione del mancato conseguimento di quegli obiettivi di gestione negativamente condizionati dalla condotta apparentemente illecita contestata all'odierno appellante.

Coripet, in altri termini, per effetto dell'intervento cautelare, aveva la possibilità di avviare concretamente il proprio sistema autonomo di gestione, senza risentire dei pregiudizi discendenti dalla condotta anticoncorrenziale in contestazione, ma non avrebbe potuto *pro futuro*, una volta rimossi gli ostacoli al pieno svolgimento del gioco concorrenziale, pretendere di operare in violazione delle condizioni prescritte dall'autorità ministeriale, il cui mancato rispetto sarebbe stato pure censurabile da Corepla nelle competenti sedi.

L'intervento cautelare non produceva, in conclusione, effetti definitivi, né abilitava un nuovo operatore a svolgere la propria attività in assenza dei prescritti requisiti, ma tendeva ad evitare la definitività del danno alla concorrenza riconducibile alla condotta dell'odierno appellante, con conseguente emersione di una tipica funzione cautelare.

Né la legittimità del provvedimento per cui è causa potrebbe essere censurata ritenendo che l'intervento dell'Autorità abbia compromesso le esigenze di tutela ambiente, tenuto conto che:

- la normativa di cui all'art. 221 d. lgs. n. 152/06, come *supra* evidenziato, valorizza la concorrenzialità anche in funzione delle esigenze di tutela ambientale, ragion per cui è attraverso la possibile coesistenza di plurimi operatori economici, fornitori dei servizi di adempimento agli obblighi EPR, che il legislatore ha inteso assicurare il perseguimento degli obiettivi di gestione ambientale; sicché, l'intervento cautelare per cui è causa, in quanto teso a garantire l'assetto concorrenziale del mercato, come prefigurato dalla normativa settoriale, non potrebbe essere ritenuto pregiudizievole per l'interesse ambientale (che in una logica di servizio pubblico deve essere sempre curato da Ministero, sistema delle autonomie regionali e locali e Comuni con le opportune scelte a monte sulla sostenibilità del sistema inteso nel suo complesso sia a livello nazionale che a livello locale);

- l'ipotetico difetto di autonomia del sistema di gestione non rileva ai fini dell'odierno giudizio, afferendo alla legittimità di differenti provvedimenti, di competenza dell'autorità ministeriale (non impugnati nella presente sede), riguardanti l'autorizzazione allo svolgimento della relativa attività economica o, in ipotesi, la mancata revoca di detta autorizzazione (in caso di pretesa violazione degli obiettivi di gestione all'uopo predefiniti).

Ai fini della presente decisione rileva, invece, l'apparente sussistenza di una condotta anomala (nel significato *supra* delineato), tenuta dall'*incumbent* in danno di un *new entrant* comunque autorizzato ad operare (non rilevando se legittimamente o illegittimamente, emergendo comunque un atto autorizzatorio ministeriale al tempo non annullato e non sospeso, né disapplicabile nel presente giudizio), idonea ad impedire lo sviluppo della concorrenza nel mercato.

In ogni caso, la sussistenza dei requisiti per autorizzare Coripet ad operare provvisoriamente nel mercato (in primis, l'autonomia del sistema di gestione) è stata accertata da una sentenza di questo Consiglio (sez. IV, 26 gennaio 2021, n. 781), intervenuta nei rapporti tra Corepla e Coripet, idonea, dunque, a dettare una *regula iuris* non utilmente censurabile nel presente giudizio; il che conferma come nella specie dovesse essere assicurata ad sistema autonomo di gestione, autorizzato in via provvisoria, l'effettiva possibilità di operare nel mercato, senza subire gli indebiti ostacoli posti dalla condotta *prima facie* illecita contestata all'odierna parte appellante, che l'Autorità ha inteso in via cautelare correttamente rimuovere in attesa della definizione del procedimento amministrativo.

18. Rilevato che l'intervento dell'Autorità risultava, da un lato, preordinato al conseguimento delle finalità proprie del potere in concreto esercitato, dall'altro, giustificato dall'integrazione dei

presupposti del *fumus boni iuris* e dal *periculum in mora* come sopra ricostruiti, occorre soffermarsi sulla legittimità delle singole misure cautelari per cui è causa.

19. In particolare, Corepla, con un quarto ordine di censure, ha contestato la legittimità di tali misure.

19.1 In primo luogo, alla stregua di quanto dedotto dall'appellante, le misure concernenti la modifica delle condizioni contrattuali riferite ai contratti con ANCI/Convenzionati e dei contratti con i CSS non sarebbero state idonee al fine prestabilito, tenuto conto che avrebbero presupposto l'accettazione delle controparti, in tale modo incidendo illegittimamente nella sfera giuridica di terzi; si sarebbe trattato di misure anche sproporzionate, avendo l'Autorità imposto il testo contrattuale delle modifiche, e superflue, in assenza di alcun *periculum*, avendo lo stesso Corepla nei propri impegni già proposto le modifiche contrattuali imposte dall'Autorità.

L'autorità avrebbe dettato misure aventi come destinatari i Comuni, cui sarebbe stato imposto di consegnare il rifiuto anche ad altri sistemi autonomi, pure prima della sottoscrizione dei relativi contratti regolanti le condizioni della cessione.

In fase esecutiva della misura di cui alla lett. a) del provvedimento impugnato, sarebbero emerse inoltre incertezze applicative sulle modifiche imposte in relazione ai Formulari di Identificazione Rifiuti, peraltro compilati dal produttore detentore del rifiuto e, quindi, dai Comuni/soggetti delegati; così come l'eliminazione dell'obbligo dei CSS di mantenere distinti e separati i rifiuti di plastica, diversi da quelli da RD, gestiti dai CSS stessi per conto proprio o di terzi avrebbe determinato rilevanti criticità in ordine al controllo dell'appellante sulla gestione contrattuale dei rifiuti di competenza e sulla perdita di tracciabilità della responsabilità ambientale sui rifiuti in plastica.

19.2 Le censure sono infondate.

19.3 In ragione del ridotto residuo arco temporale a disposizione di Coripet per conseguire gli obiettivi di riciclo necessari al suo riconoscimento definitivo, l'Autorità ha ritenuto di imporre a Corepla l'immediata modifica di quelle clausole, regolanti i rapporti contrattuali con il sistema degli enti locali e con i CSS, che avrebbero impedito a Coripet di gestire, nelle diverse fasi della filiera, l'acquisizione dei materiali necessari per offrire il servizio di adempimento agli obblighi EPR ai propri consorziati (misure sub a) e b) del punto 58 del provvedimento).

Tali misure risultavano necessarie per evitare la concretizzazione del grave e irreparabile danno all'assetto concorrenziale del mercato.

19.4 Avuto riguardo ai rapporti con l'ANCI e/o con i convenzionati, l'Autorità ha inteso imporre una modifica del secondo paragrafo dell'art. 3 dell'Allegato tecnico imballaggi in plastica –

Accordo ANCI-COREPLA, al fine di inserire, dopo le parole “*rifiuti di imballaggio in plastica di competenza di COREPLA*” la precisazione “*(fatta dunque eccezione per tutti i rifiuti di imballaggi in plastica di competenza di sistemi autonomi riconosciuti ancorché in via provvisoria)*”, ordinando di dare notizia di tale modifica, mediante apposita comunicazione alle controparti interessate (ANCI e Convenzionati).

Corepla avrebbe dovuto anche adeguare coerentemente, in relazione ai rapporti contrattuali in essere con tali controparti, le relative modalità operative di dettaglio, quali ad esempio i contenuti dei formulari di accompagnamento dei rifiuti consegnati presso gli impianti di selezione (CSS) dai convenzionati, al fine di dare conto della consegna presso tali impianti di quote di rifiuti anche di altri consorzi e/o comunque non potendo indicare l'appartenenza a Corepla dell'integralità della RDU della plastica.

Le misure in esame:

- riguardavano l'Allegato tecnico imballaggi in Plastica, che lo stesso appellante aveva ritenuto dovesse prevedere, alla luce del nuovo assetto del mercato - in conseguenza dell'ingresso di un nuovo operatore fornitore dei servizi di adempimento EPR-, una limitazione degli effetti della clausola in parola in relazione al sistema Coripet e ad eventuali ulteriori futuri sistemi autonomi (cfr. nota del 31 luglio 2019 cit., con cui Corepla aveva pure riconosciuto la propria legittimazione a partecipare alle negoziazioni dell'Allegato Tecnico *de quo*);
- risultavano necessarie, in quanto tendevano correttamente a limitare la portata applicativa degli accordi conclusi tra il consorzio di filiera e i convenzionati al quantitativo dei rifiuti rientranti nella competenza di Corepla, in quanto corrispondenti all'immesso al consumo dei propri consorziati; in tale modo si sarebbe consentito ai nuovi operatori di mercato di acquisire la disponibilità dei quantitativi residui, riferibili all'immesso al consumo dei rispettivi produttori aderenti;
- non imponevano alcun obbligo di convenzionamento all'ANCI o ai Comuni, tendendo solo a rimuovere un indebito ostacolo alla libertà negoziale degli enti locali, con la conseguenza che la modifica della clausola del “*tutto o niente*” consentiva, ma non obbligava le parti pubbliche o i gestori del servizio di raccolta differenziata a contrattare con Coripet e con altri eventuali futuri sistemi autonomi di gestione;
- non erano impedita dalla prospettata (ad opera di Corepla) riformulazione dell'Allegato tecnico, che anzi, da un lato, confermava la necessità di una modifica della relativa regolazione, dall'altro, non essendo stata seguita da un concreto intervento negoziale dell'appellante, a fronte di un rischio attuale di un danno grave e irreparabile alla struttura concorrenziale del mercato, imponeva un intervento d'urgenza dell'Autorità.

A fronte della pretesa di Corepla di gestire l'intero materiale derivante dalla raccolta differenziata e delle difficoltà manifestate dall'ANCI di contrattare con Coripet in ragione degli effetti impeditivi prodotti dalla clausola *“tutto o niente”* e dalle conseguenti condotte poste in essere dall'odierno appellante in sua esecuzione, la modifica contrattuale oggetto delle misure cautelari in esame risultava necessaria per il raggiungimento della finalità perseguita dall'Autorità: permettere ad un nuovo operatore di contrarre con l'ANCI e i convenzionati, al fine di potere concretamente avviare la gestione dei rifiuti di competenza (riconducibili all'immesso al consumo dei propri consorziati) e, per l'effetto, di conseguire gli obiettivi di gestione imposti dall'autorità ministeriale.

Né avrebbe potuto diversamente argomentarsi, valorizzando la necessità che la modifica contrattuale fosse accettata dalle controparti: dalla documentazione in atti emergeva infatti la disponibilità dell'ANCI – associazione rappresentativa degli enti locali – a rivedere l'assetto negoziale in modifica della clausola *“tutto o niente”* (cfr. audizione ANCI dell'11 luglio 2019 cit.), ragion per cui correttamente l'Autorità, a fronte della disponibilità manifestata da una parte, ha imposto all'altra parte (l'odierno appellante) di provvedere alla relativa modifica, al fine di eliminare l'ostacolo concorrenziale posto dalla clausola in contestazione.

19.2 Con riferimento ai rapporti negoziali intercorrenti fra Corepla e i centri di selezione, l'Autorità ha imposto le seguenti modifiche ai contratti con i CSS:

- all'art. 3.6 del Contratto di selezione di rifiuti e imballaggi in plastica, sostituire le parole *“il Materiale in ingresso, i prodotti e i Sottoprodotti, che sono nell'esclusiva disponibilità di COREPLA”* con le parole: *“il Materiale in ingresso, i Prodotti e i Sottoprodotti che derivano da rifiuti e imballaggi in plastica di competenza di COREPLA (fatta dunque eccezione per tutti i Prodotti e i Sottoprodotti che derivano da rifiuti di imballaggi in plastica di competenza di sistemi autonomi riconosciuti ancorché in via provvisoria)”*;

- sostituire l'attuale formulazione dell'intero art. 1.4 dell'Allegato Tecnico al Contratto di selezione di rifiuti e imballaggi in plastica, recante *“Gestione di altri rifiuti per conto proprio e/o di terzi”* con la seguente: *“Il CSS potrà svolgere per conto proprio e/o di terzi operazioni di gestione di tutti i rifiuti da imballaggi in plastica che non siano di competenza di COREPLA, ivi inclusi, dunque, i rifiuti da imballaggi in plastica di competenza di sistemi autonomi riconosciuti ancorché in via provvisoria. Il CSS potrà altresì svolgere per conto proprio e/o di terzi operazioni di gestione di altre tipologie di rifiuti e di altre tipologie di rifiuti in plastica”*.

Di tali modifiche testuali della contrattualistica esistente Corepla avrebbe dovuto dare, mediante apposita comunicazione, notizia a tutte le controparti (CSS).

Anche in tale caso le misure risultavano necessarie per rimuovere taluni vincoli di esclusiva, incompatibili con il quadro normativo di riferimento, che impedivano l'operatività dei sistemi autonomi di gestione e che riservavano al consorzio di filiera l'intero materiale conferito e selezionato, pure eccedente il quantitativo riferibile all'immesso al consumo dei propri consorziati (rispetto a cui soltanto avrebbe potuto essere riconosciuta una legittimazione alla gestione in capo all'odierno appellante).

19.3 L'eventuale emersione di difficoltà applicative in fase esecutiva non sarebbe stata idonea ad infirmare la legittimità delle misure cautelari in esame, manifestando al più l'esigenza di una più stretta collaborazione tra gli operatori del settore (pure valorizzata dal Ministero nell'incontro del 22 ottobre 2018): tali difficoltà non avrebbero, invece, potuto impedire una modifica delle condizioni contrattuali esaminate, essenziale per permettere ai nuovi operatori entranti nel mercato, autorizzati anche in via provvisoria, di gestire effettivamente i rifiuti di propria competenza.

Non avrebbe potuto argomentarsi diversamente, infine, neppure facendo leva sugli impegni presentati da Corepla in sede procedimentale, tenuto conto che, come si osserverà *infra* nella disamina delle ulteriori prescrizioni imposte dall'Autorità, al fine di evitare la concretizzazione di un rischio di un danno grave e irreparabile alla concorrenza, occorreva definire un novero di misure più ampio rispetto a quello proposto dall'odierno appellante.

20. Con un'ulteriore censura l'appellante ha contestato la misura che imponeva, a proprio carico, la cessazione della gestione e, in specie, della messa all'asta del materiale ritenuto di competenza di Coripet, nonostante non esistessero volumi di materiale di cui Coripet avrebbe potuto giuridicamente disporre in assenza dei necessari accordi con i Comuni; si sarebbe stati in presenza di misura anche sproporzionata, in quanto volta ad imporre un obbligo non avente corrispondenza in un diritto di Coripet.

Non sarebbero stati neppure noti *ex ante* la quota di mercato dei consorziati di Coripet e il mix di tale quota suddivisa per colore e tipologia rispetto alla medesima segmentazione del mercato, pure rilevante per le ricadute economiche derivanti dalla vendita all'asta.

L'appellante ha pure dedotto criticità in relazione alla fase esecutiva, in particolare nella regolazione dei tempi delle aste.

20.1 Anche tale censura è infondata.

L'Autorità ha imposto all'odierno appellante di cessare di mettere all'asta i volumi di materiale ricavato da rifiuti riconducibili ai volumi immessi al consumo dai produttori consorziati in Coripet (o in qualsiasi altro sistema autonomo riconosciuto ancorché in via provvisoria).

Ciò che rileva non è tanto l'esistenza o meno di un diritto del sistema autonomo a gestire, in assenza dei presupposti accordi con l'ANCI, i Comuni e i centri di selezione, il quantitativo di rifiuti corrispondente ai volumi immessi al consumo dei propri aderenti, ma l'assenza di una giustificazione giuridica (avuto riguardo al quadro normativo di riferimento) ed economica (stante la mancata riscossione del contributo consortile) della condotta del consorzio di filiera, tradottasi nella gestione (anche mediante l'indizione di apposite aste) del quantitativo di rifiuti non riconducibile ai volumi immessi al consumo dai propri consorziati: una tale condotta configurava un impedimento al libero svolgimento del gioco concorrenziale, ostacolando il nuovo operatore nell'acquisizione dei rifiuti di propria competenza, in vista della loro conseguente gestione, anche ai fini della messa all'asta.

In particolare, la misura in esame tendeva ad impedire che Corepla potesse gestire, attraverso la messa all'asta, volumi di materiale non rientranti nella propria sfera di legittimazione, in tale modo creando le condizioni affinché Coripet potesse concretamente operare sul mercato.

Si rinvia, inoltre, a quanto sopra osservato in ordine all'inidoneità di eventuali difficoltà esecutive ad influire sulla legittimità delle misure per cui è causa, manifestando ciò, al più, l'esigenza di una effettiva collaborazione tra gli operatori del settore.

21. Corepla contesta ulteriormente che non sarebbe stata necessaria per assenza di *periculum*, risultando anzi superflua, anche la misura prescrittiva della collaborazione tecnica di Corepla per risolvere le tematiche connesse all'ingresso di Coripet, non essendosi l'appellante mai rifiutata di sottoscrivere accordi tecnici/operativi per la coesistenza dei due sistemi; Corepla, in sede di impegni, aveva pure proposto forme di collaborazione tecnica con Coripet e, comunque, era in corso all'epoca il negoziato ANCI /Coripet per effetto dell'intervento di Corepla che aveva dimostrato ampia disponibilità per un tavolo tecnico di coordinamento tra le parti interessate.

21.1 La censura è infondata.

Al riguardo, l'Autorità ha imposto all'odierno appellante di prestare la propria piena collaborazione al fine di raggiungere un accordo con Coripet (e/o con altri sistemi autonomi riconosciuti ancorché in via provvisoria) per disciplinare tutti quei profili per i quali la gestione industriale dell'avvio al riciclo richiedesse un coordinamento ad esempio, in via meramente indicativa, per quanto concernente l'organizzazione delle attività di misurazione delle quantità di rifiuti consegnati presso il CSS oggetto di ripartizione, per la quantificazione dell'imnesso al consumo dei consorziati dei rispettivi consorzi al fine di individuare la ripartizione dei rifiuti da RDU della plastica di rispettiva competenza, per la quantificazione della frazione estranea, per l'effettuazione dell'analisi merceologica delle tipologie di materiale derivante da RDU conferito ai diversi CSS (ad es. il CPL

PET nel caso di Coripet). I costi di tali attività avrebbero dovuto essere ripartiti tra i consorzi interessati nella medesima proporzione dei volumi di RDU di rispettiva competenza.

Nel rinviare alle considerazioni *supra* svolte nel trattare del requisito del *fumus boni iuris*, si osserva che la disponibilità ad una collaborazione tecnica, pure manifestata da Corepla, non risultava effettiva, in quanto, oltre a non avere nei fatti condotto ad alcun risultato pratico apprezzabile (non essendo stato siglato alcun accordo di collaborazione, nonostante il decorso di oltre un anno dal riconoscimento provvisorio del sistema autonomo), valorizzava l'integrazione di condizioni, riferite alla stipulazione di accordi con gli altri operatori del settore (in specie, ANCI e i Comuni), ostacolate dalla stessa condotta attorea.

In particolare, Corepla, da un lato, si mostrava disponibile alla conclusione di accordi tecnici valorizzando gli accordi da concludere tra Coripet e gli altri operatori del mercato per completare il quadro di riferimento entro cui pattuire le relative forme di collaborazione; dall'altro, rivendicando pretese giuridiche sulla base delle clausole regolanti i propri rapporti con l'Anci, i convenzionati e i CSS, impediva la conclusione degli stessi accordi assunti come rilevanti per definire le forme di collaborazione tecnica.

Anche in tale caso la circostanza per cui Corepla si fosse impegnata alla conclusione di accordi tecnici in sede procedimentale non avrebbe potuto impedire l'adozione del provvedimento cautelare per cui è causa, incentrato anche su misure, tutte necessarie per evitare la concretizzazione del rischio di un danno grave e irreparabile alla concorrenza, ulteriori rispetto a quelle proposte dall'odierno appellante.

22. L'appellante ha pure contestato la misura impositiva dell'obbligo, fino al 24.6.2020, di mettere a disposizione di Coripet, presso tutti i CSS, la quota parte dei rifiuti in PET di competenza di quest'ultimo calcolati sulla base dell'immesso al consumo dei suoi consorziati.

Tale misura sarebbe stata irragionevole, perché avrebbe legittimato un sistema di gestione dei rifiuti di Coripet di carattere meramente finanziario, non previsto dal decreto di riconoscimento provvisorio e in contrasto con la normativa vigente sui sistemi autonomi, eliminando ogni libertà in capo ai Comuni, che avrebbero ben potuto decidere di continuare ad avvalersi soltanto del sistema tradizionale.

Parimenti irragionevole sarebbe stata l'ultima misura, volta ad imporre in capo all'appellante l'obbligo di imputare, entro il 29.2.2020, al sistema Coripet ai fini del raggiungimento degli obiettivi di riciclo e recupero per l'anno 2019, le quantità di rifiuti derivanti da CPL PET immesso al consumo dai suoi consorziati e gestiti da Corepla dall'1.1.2019 fino all'inizio di operatività della precedente misura.

In tale maniera, attraverso un'operazione matematica e contabile, avrebbero dovuto essere fittiziamente imputati a Coripet sulla base di meccanismi meramente finanziari e in via retroattiva le quantità di rifiuti derivanti da CPL PET, consentendo in tale modo a Coripet di raggiungere i propri obiettivi quanto alla raccolta differenziata senza avere operato materialmente per tutto l'anno 2019. Si sarebbe stati in presenza, inoltre, di misura inutile, in quanto non valorizzabile ai fini della verifica di effettiva operatività del sistema secondo quanto progettato e autorizzato e del raggiungimento in proprio degli obiettivi ambientali prefissati.

22.1 Le censure sono infondate.

Come emergente dal punto 59 del provvedimento cautelare impugnato in primo grado, le misure previste alle lettere e) ed f) (del medesimo punto) erano finalizzate a consentire *“a CORIPET un'assunzione delle responsabilità operative coerenti con lo scenario delineato dalle misure precedenti che sia priva di conseguenze negative su parti terze (superando cioè i possibili problemi di discontinuità operativa sollevati dallo stesso COREPLA) e di evitare che la mancata possibilità ad oggi per CORIPET di raggiungere i propri obiettivi di riciclo, determinata dalle condotte di COREPLA, incida irrimediabilmente sulla possibilità di ottemperare alle previsioni contenute nel decreto di autorizzazione provvisoria portando all'uscita dal mercato del predetto operatore”*.

Tali misure cautelari risultavano, dunque, correttamente volte a rimuovere gli effetti anticompetitivi prodotti dalla condotta dell'*incumbent* - *prima facie* illecita perché implicante uno sfruttamento abusivo della posizione di dominanza detenuta nel mercato rilevante-, onde evitare che le distorsioni già prodottesi (per effetto della pretesa di Corepla di gestire l'intero quantitativo dei rifiuti oggetto di raccolta differenziata e di selezione) potessero determinare la concretizzazione di un danno irreparabile e grave alla concorrenza.

Difatti, impedendo al sistema autonomo di gestione sia di ottenere la valorizzazione di quegli obiettivi di gestione ambientale che avrebbe potuto conseguire in assenza dell'altrui condotta *prima facie* illecita, sia di acquisire la disponibilità dei volumi di materiale corrispondenti ai volumi immessi al consumo dai propri consorziati, gli effetti dell'apparente sfruttamento abusivo della posizione dominante avrebbero prodotto la definitiva uscita dal mercato del consorzio Coripet, cui non sarebbe stato consentito (per fatto imputabile all'*incumbent*) il conseguimento degli obiettivi di gestione ambientale prescritti dall'autorità ministeriale per il riconoscimento definitivo.

Come sopra osservato, l'Autorità, dunque, valutato il particolare contesto giuridico ed economico di riferimento, caratterizzato, altresì, dall'esigenza per il nuovo sistema autonomo di gestione di dimostrare il raggiungimento di specifici obiettivi di tutela entro un dato termine, ha correttamente inteso evitare che il mancato conseguimento di detti obiettivi fosse ascrivibile, anziché a

responsabilità di Coripet, alla condotta apparentemente illecita del consorzio di filiera; il che avrebbe prodotto proprio quel grave e irreparabile danno alla concorrenza che le misure cautelari in esame miravano ad evitare.

Tali misure risultavano, dunque:

- provvisorie, in quanto non legittimavano Coripet ad operare in assenza dei requisiti prescritti dal decreto di riconoscimento provvisorio, ma (come pure rilevato) ponevano il relativo sistema nella condizione in cui si sarebbe potuto trovare in assenza dell'altrui condotta apparentemente illecita; ferma rimanendo *pro futuro*, una volta scaduto il termine di efficacia di tali misure, l'esigenza che Coripet operasse autonomamente, conseguendo -nell'ambito di un mercato con condizioni di concorrenza ripristinate- i prescritti obiettivi di gestione, necessari per ottenere e conservare il riconoscimento definitivo ministeriale;
- utili, in quanto idonee a rimuovere quegli ostacoli al libero svolgimento del gioco concorrenziale suscettibili di produrre il danno grave e irreparabile correttamente apprezzato dall'Autorità.

23. Con un quinto ordine di censure è contestato il capo decisorio con cui il Tar ha escluso la sussistenza di un difetto di istruttoria e di motivazione.

23.1 Secondo la prospettazione attorea:

- l'Autorità non avrebbe ricostruito compiutamente il ruolo degli operatori di filiera, ritenendo erroneamente di individuare nella sola condotta dell'appellante un asserito ostacolo all'operatività di Coripet;
- l'Autorità non avrebbe tenuto conto delle deduzioni scritte e orali dell'appellante, che negavano la sussistenza dei presunti vantaggi economici per i Comuni e per i consumatori derivanti dall'ingresso di Coripet nel mercato;
- l'Autorità avrebbe attribuito a Corepla missive definite "intimidatorie" nei confronti dei Consorziati Coripet (p. 18, nota 24), in realtà inviate da Conai, recanti comunque la riaffermazione del contenuto di una norma di legge.

23.2 Il motivo di appello è infondato.

23.3 Fermo rimanendo che nella specie si fa questione di un provvedimento cautelare, per propria natura non implicante un completo accertamento istruttorio in ordine all'esistenza dell'infrazione per cui si procede, si rileva che l'intervento dell'Autorità è incentrato su una corretta ricostruzione dei presupposti del provvedere, avvenuta nel contraddittorio procedimentale con le parti interessate. In particolare, l'Autorità ha argomentato le misure cautelari sopra indicate, contestando a Corepla la perdita della legittimazione a gestire i rifiuti riconducibili all'immesso al consumo dei produttori

recedenti dal consorzio di filiere e aderenti ad un sistema autonomo di gestione autorizzato ad operare nel mercato,

Tale premessa, come osservato, deve ritenersi corretta sia in diritto, che in fatto.

Sotto il primo profilo, come rilevato nella ricostruzione del quadro normativo di riferimento, l'art. 221 D. Lgs. n. 152/06, ammettendo l'adempimento degli obblighi EPR (gravanti sui produttori) alternativamente attraverso l'adesione al consorzio di filiera e ai sistemi autonomi di gestione, consente una concorrenza tra plurimi operatori economici.

Per l'effetto, il consorzio di filiera e i sistemi autonomi di gestione, in quanto costituiscono uno strumento a disposizione dei produttori per l'adempimento degli obblighi di gestione ambientale sugli stessi gravanti, sono legittimati ad operare nel mercato, gestendo un quantitativo di rifiuti non eccedente quello riconducibile ai volumi immessi al consumo dai propri aderenti.

La pretesa di Corepla, fondata sulle clausole regolanti i rapporti con i convenzionati e i centri di selezione, tesa a gestire l'intero quantitativo dei rifiuti da imballaggio, nonostante il recesso dal consorzio di filiera di plurimi produttori, non poteva ritenersi giustificata, emergendo, come correttamente rilevato dall'Autorità, una carenza di legittimazione alla gestione in capo al consorzio di filiera.

Parimenti, come osservato dall'Autorità (punto 48 del provvedimento), la gestione di rifiuti riconducibili ai volumi di immesso al consumo di produttori recedenti e, dunque, terzi al consorzio di filiera, non poteva giustificarsi economicamente, configurandosi un servizio in assenza di corrispettivo (*sub specie* di contributo consortile).

Non si registra alcun difetto di istruttoria neanche nella ricostruzione dei presupposti alla base dell'urgenza del provvedere, avendo correttamente rilevato l'Autorità che Coripet risultava un sistema di gestione titolare di un riconoscimento provvisorio (doc. 8 produzione Autorità in primo grado), tenuto ad adempiere precisi obblighi di gestione ambientale entro un termine all'uopo fissato, pena la negazione del riconoscimento definitivo.

La condotta di Corepla generava, dunque, un rischio di un danno grave e irreparabile alla concorrenza, *“in quanto il trascorrere del tempo senza che il sistema autonomo nuovo entrante riesca concretamente a effettuare la gestione dei rifiuti da imballaggi in PET di sua competenza, pregiudica il raggiungimento degli obiettivi – stabiliti dalla legge - che il sistema deve dimostrare di essere in grado di raggiungere nei due anni successivi all'adozione del decreto di riconoscimento provvisorio (entro, come detto, il 24 aprile 2020) ai fini dell'ottenimento del riconoscimento definitivo e, quindi, dell'effettiva operatività sul mercato. L'effetto finale delle condotte di COREPLA è quello di espellere il sistema autonomo dal mercato, impedendone il*

*riconoscimento definitivo. Tale circostanza potrebbe avere altresì la conseguenza di scoraggiare pro futuro la presentazione di progetti nel mercato rilevante, con il risultato di perpetuare l'attuale situazione di monopolio di COREPLA nell'offerta di servizi di compliance all'EPR in favore dei produttori di imballaggi primari in plastica"* (punto 52 provvedimento).

Anche sotto tale profilo, nel rinviare alle considerazioni sopra svolte in ordine all'integrazione del *periculum in mora*, la valutazione dell'Autorità è supportata da una corretta ricostruzione del quadro giuridico, economico e fattuale di riferimento, deponente per l'urgenza del provvedere.

Ne deriva che:

- l'Autorità ha correttamente ricostruito i presupposti del provvedere, in specie la complessiva condotta di Corepla e le conseguenze della stessa prodotte sull'assetto concorrenziale del mercato; la circostanza per cui vi fossero altri operatori responsabili di ipotetiche condotte illecite non escludeva il potere dell'Autorità di intervenire in via cautelare per impedire la concretizzazione di un danno grave e irreparabile alla concorrenza effettivamente riconducibile all'operato dell'odierno appellante;

- l'insussistenza ipotetica di presunti vantaggi economici per i Comuni e per i consumatori derivanti dall'ingresso di Coripet nel mercato non avrebbe potuto impedire l'intervento cautelare in esame, tenuto conto che una tale valutazione di convenienza economica presuppone comunque il corretto svolgimento del gioco concorrenziale, atteso che soltanto in tali ipotesi gli operatori e gli utenti sono in condizione di assumere una scelta consapevole sulle utilità derivanti dalla contrattazione; nella specie, invece, come dichiarato dall'ANCI, la mancata conclusione degli accordi con Coripet non discendeva da una valutazione negativa degli enti locali sul progetto Coripet, ma da impedimenti posti dalle clausole invocate da Corepla, alla base di una condotta *prima facie* illecita, pertanto da rimuovere con l'intervento in esame.

Per mera completezza, si osserva che l'Autorità non ha neppure attribuito a Corepla missive definite "*intimidatorie*" nei confronti dei Consorziati Coripet, in quanto tale locuzione è stata impiegata nella nota 24 di pag. 17 in relazione alla valutazione che di tali missive aveva dato (non l'Autorità, ma) uno dei destinatari. In ogni caso, il provvedimento cautelare non è fondato sulla natura intimidatorie di tali missive (peraltro richiamate soltanto in nota, a dimostrazione del loro carattere non essenziale nello sviluppo delle argomentazioni a sostegno del provvedimento cautelare), ma sulla rivendicazione - da parte del consorzio di filiera - di pretese economicamente e giuridicamente ingiustificabili, se non con l'intento (espressivo di una condotta illecita) di escludere dal mercato i sistemi autonomi di gestione; pretese correttamente ricostruite sulla base di una compiuta disamina

degli elementi istruttori e nel contraddittorio delle parti, nel rispetto di uno standard probatorio, incentrato sull'apparente esistenza dell'infrazione, proprio della decisione cautelare.

24. Con un ultimo ordine di censure è contestato il capo decisorio con cui il Tar ha rigettato i motivi aggiunti proposti in prime cure, diretti ad evidenziare le (asserite) gravi carenze del provvedimento impugnato, in specie in relazione alle misure di cui alle lettere e) ed f), non avendo l'Autorità indicato criteri di calcolo, documenti giustificativi e modalità tramite le quali l'attività dispiegata da Corepla dovesse essere remunerata da Coripet.

Il che, da un lato, avrebbe confermato la natura giuridica del provvedimento di prime cure, anziché come atto cautelare, di regolamentazione *ex ante* a livello privatistico e/o legislativo; dall'altro, avrebbe determinato problemi pratici, permettendo a Coripet di sollevare (asserite) obiezioni strumentali, al fine di non riconoscere quanto dovuto a Corepla per le attività che lo stesso si sarebbe trovato e si troverebbe costretto a svolgere in "supplenza" a tale Consorzio, rendendone ancora più gravosa la posizione economica.

Il motivo di appello è infondato.

La mancata specificazione delle condizioni di dettaglio da definire nei rapporti tra Corepla e Coripet, anziché infirmare la legittimità del provvedimento impugnato, ne dimostra la proporzionalità, non avendo l'Autorità imposto misure eccedenti rispetto a quanto strettamente necessario per (anziché regolare il mercato) eliminare, nelle more della definizione del procedimento, l'infrazione *prima facie* riscontrata e fare cessare le conseguenze dalla stessa prodotte, tali da esporre l'assetto concorrenziale del mercato al rischio di un grave e irreparabile danno; il che costituisce la finalità dell'intervento cautelare ex art. 14 bis L. n. 287/90.

Come rilevato nella disamina del potere cautelare dell'Autorità, il contenuto delle misure cautelari, suscettibili di essere disposte in via interinale, in applicazione del principio di strumentalità della tutela cautelare (anche sostanziale), non può eccedere quanto l'Autorità procedente potrebbe adottare con il provvedimento conclusivo del procedimento, avuto riguardo allo stato del mercato al momento della decisione.

Posto che ai sensi dell'art. 15 L. n. 287/90 l'Autorità ha il potere di eliminare l'infrazione riscontrata, l'Autorità, nella specie, ha correttamente operato per evitare che la condotta *prima facie* abusiva e gli effetti limitativi della concorrenza nelle more prodotti pregiudicassero, nelle more della definizione del procedimento, in maniera grave e irreversibile l'assetto concorrenziale del mercato, in tale modo ponendo Coripet nelle condizioni in cui si sarebbe potuto trovare in assenza dell'altrui (apparente) illecito.

A tali fini, non occorre definire nel dettaglio, in specie in relazione alle misure di cui alle lettere e) e d) cit., criteri di calcolo, documenti giustificativi e modalità tramite le quali l'attività dispiegata da Corepla avrebbe dovuto essere remunerata da Coripet, altrimenti emergendo un'eccessiva compressione dell'autonomia negoziale delle parti.

Eventuali condotte scorrette di Coripet in sede esecutive avrebbero potuto essere valorizzate al fine di escludere inottemperanze ascrivibili al consorzio di filiera, ma non avrebbero potuto incidere sulla legittimità delle misure cautelari, da valutare, in applicazione del principio del *tempus regit actum*, anziché sulla base di circostanze sopravvenute - al tempo della decisione non conoscibili dall'Autorità-, tenuto conto dello stato di fatto e di diritto esistente al momento dell'adozione del provvedimento.

25. In conclusione, deve evidenziarsi l'irrelevanza delle questioni pregiudiziali poste dall'appellante con la memoria conclusionale depositata nell'odierno grado di giudizio.

25.1 Secondo quanto emergente dalla giurisprudenza unionale, il giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno, quando è chiamato a pronunciarsi su una questione d'interpretazione del diritto dell'Unione, può essere esonerato dall'obbligo di rinvio ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, TFUE, tra l'altro, quando abbia constatato che la questione sollevata non è rilevante; il che si verifica nel caso in cui la sua soluzione, qualunque essa sia, non possa in alcun modo influire sull'esito della controversia (Corte di Giustizia, 15 marzo 2017, in causa C-3/16, *Aquino*, punto 43 sentenza).

Corepla, a pag. 27 della memoria conclusionale depositata nell'odierno grado di giudizio, ha chiesto in via subordinata di volere rimettere alla Corte di Giustizia questioni pregiudiziali interpretative vertenti sui seguenti punti: *“Se siano compatibili con i principi e le norme europee in materia di trattamento dei rifiuti da imballaggi, e in particolare con l'art. 7 della Dir. 94/62/CE, modif. dalla Dir. 2018/852/UE, norme di diritto nazionale che, premessa l'attribuzione agli enti pubblici locali del compito esclusivo di effettuare la raccolta e l'istituzione obbligatoria di un consorzio fra produttori con compiti di servizio universale per le fasi di trattamento degli imballaggi in plastica successive alla raccolta: (a) consentano l'ingresso nel mercato di consorzi autonomi di produttori che, senza alcun onere nei confronti del consorzio prestatore del servizio universale, limitino la loro attività al prelievo, presso i centri di selezione, di una parte qualitativamente selezionata di imballaggi in plastica e alla collocazione del materiale prelevato nei mercati a valle; (b) impongano un obbligo, a carico degli enti pubblici locali incaricati della raccolta, di contrarre con i consorzi autonomi di cui al punto precedente, al fine di consegnare loro una percentuale di*

*materiale selezionato corrispondente all'immesso nel mercato da parte degli operatori consorziati".*

La soluzione delle questioni pregiudiziali in esame non è idonea ad influire sull'esito dell'odierno giudizio e, come tale, non può dare luogo ad un rinvio pregiudiziale dinnanzi alla Corte di Giustizia.

25.2 In particolare, in relazione alla prima questione, si osserva che la disciplina nazionale, *supra* ricostruita, non ammette effettivamente l'ingresso nel mercato di consorzi autonomi di produttori che, senza alcun onere nei confronti del consorzio prestatore del servizio universale, limitino la loro attività al prelievo, presso i centri di selezione, di una parte qualitativamente selezionata di imballaggi in plastica e alla collocazione del materiale prelevato nei mercati a valle; l'art. 221, comma 3, D. Lgs. n. 152/06, come osservato, impone che l'operatore entrante nel mercato dei servizi di adempimento agli obblighi EPR sia in condizione di gestire autonomamente il ciclo dei rifiuti riconducibili ai volumi di immesso al consumo dei propri consorziati.

Giova, anzi, precisare che in settori caratterizzati dall'imposizione di obblighi di servizio pubblico a carico di uno (o comunque di un numero limitato) degli operatori di mercato, il costo netto di tali obblighi (non remunerato dallo svolgimento dell'attività di impresa) - afferente a prestazioni che l'operatore gravato, ove avesse considerato il proprio interesse commerciale, non avrebbe assunto oppure non avrebbe assunto nella stessa misura né alle stesse condizioni - potrebbe pure essere ripartito tra i fornitori dei medesimi servizi (si veda, ad esempio, la disciplina in materia di comunicazioni elettroniche di cui all'art. 3, all. 11, D. Lgs. n. 259/03).

Come precisato dalla Sezione (26 luglio 2017, n. 3688), infatti, *"Le modalità di finanziamento del servizio universale variano da settore a settore. Le soluzioni adottate (anche nel settore postale) sono riconducibili a tre modelli: - si può compensare la fornitura delle prestazioni tramite la concessione di diritti speciali o esclusivi, i cui extraprofiti consentono di compensare le attività in perdita (art. 7 della Direttiva 97/67/CE); - quando un solo operatore o un numero limitato di operatori sono gravati da obblighi di servizio, tutti gli operatori presenti nel mercato sono chiamati al finanziamento dei costi netti derivanti da tali obblighi, compensi supplementari che affluiscono nel fondo di compensazione (art. 9, comma 4, della Direttiva 97/67/CE); - una terza modalità rimane quella del ricorso alla fiscalità pubblica"*.

Nel caso di specie, tuttavia, nell'assumere il provvedimento per cui è causa, l'Autorità non ha escluso che i consorzi autonomi possano essere gravati degli oneri economici necessari per finanziare i costi netti derivanti dagli obblighi di servizio pubblico in ipotesi ascritti al prestatore del servizio universale; né, in particolare, ha ritenuto che i consorzi autonomi possano limitarsi, senza

oneri a carico del consorzio prestatore del servizio universale, ad attività di prelievo, presso i centri di selezione, di una parte qualitativamente selezionata di imballaggi in plastica e alla collocazione del materiale prelevato nei mercati a valle

Nella specie, si assisteva ad una condotta del consorzio di filiera che impediva ad un sistema di gestione ambientale, destinatario di un riconoscimento ministeriale provvisorio, di operare autonomamente, ai fini dell'adempimento degli obblighi EPR gravanti sui produttori aderenti.

Per l'effetto, l'intervento dell'Autorità tendeva a ripristinare le condizioni di concorrenza, da un lato, impedendo a Corepla di proseguire nella propria condotta *prima facie* illecita, tesa alla gestione di tutto il materiale raccolto, anche non riconducibile ai volumi dell'immesso al consumo dei propri consorziati (cfr. misure sub lett. a, b e c del punto 58 del provvedimento *supra* esaminate); dall'altro ponendo l'operatore entrante nel mercato nelle condizioni in cui si sarebbe potuto trovare in assenza dell'altrui apparente infrazione (cfr. misure sub lett. e ed f del punto 59, anche esse *supra* analizzate).

Di conseguenza, l'intervento cautelare per cui è causa non è fondato su una normativa interna quale quella alla base del quesito pregiudiziale; bensì è giustificato sulla base di una diversa disciplina, dettata dall'art. 102 TFUE e dagli artt. 3 e 14 bis L. n. 287/90, che vieta al consorzio di filiera la gestione integrale dei rifiuti derivanti dalla relativa raccolta differenziata, anche per quantità non riconducibili all'immesso al consumo dei propri consorziati e che, in caso di integrazione (anche apparente, fermi gli approfondimenti istruttori da svolgere ai fini della decisione finale) dell'infrazione, giustifica il ripristino delle condizioni di concorrenza, evitando che gli effetti lesivi ancora persistenti della condotta in contestazione possano produrre un irreparabile e grave danno alla concorrenza.

In definitiva, Coripet, pur non potendo limitarsi *pro futuro* al prelievo, presso i centri di selezione, di una parte qualitativamente selezionata di imballaggi in plastica e alla collocazione del materiale prelevato nei mercati a valle (né, *a fortiori*, potendo provvedervi senza sostenere alcun onere nei confronti del consorzio di filiera per conto del quale siano state espletate le relative attività di conferimento e selezione), avrebbe dovuto comunque essere posto in condizione di operare nel mercato senza risentire degli ostacoli anticompetitivi e degli effetti anticoncorrenziali prodotti dall'altrui condotta, pertanto da rimuovere anche in via cautelare.

Peraltro, le misure in contestazione, nella parte in cui hanno previsto la consegna di parte del materiale selezionato in favore di Coripet, hanno espressamente imposto al sistema autonomo di gestione specifici oneri economici in favore del consorzio di filiera.

In particolare, la misura sub e) di cui al punto 59 del provvedimento gravato in primo grado, nel prevedere a carico di Corepla l'obbligo di mettere a disposizione, su richiesta di CORIPET, presso tutti i centri di selezione (CSS) la quota parte dei rifiuti di imballaggi plastici in PET di competenza di quest'ultimo calcolati sulla base dell'immesso al consumo dei suoi consorziati, ha prescritto che “[a] fronte di tale cessione, CORIPET verserà a COREPLA l'importo relativo ai costi di gestione sostenuti dal consorzio di filiera e ai corrispettivi pagati ai convenzionati per la raccolta differenziata urbana della plastica per la quota di tali rifiuti di propria spettanza. COREPLA predisporrà, a tal fine, apposite fatture da cui risultino separatamente le quantità attribuite a CORIPET, le modalità di commisurazione e i costi a suo FDULFR”.

Si conferma che la provvisoria messa a disposizione del materiale in parola non consentiva a Coripet di limitarsi, senza oneri, al prelievo, presso i centri di selezione, di una parte qualitativamente selezionata di imballaggi in plastica e alla collocazione del materiale prelevato nei mercati a valle, ma richiedeva che Coripet eseguisse un apposito esborso economico in favore di Corepla; con la conseguenza che viene meno un ulteriore presupposto alla base del quesito pregiudiziale, dato dall'assenza di oneri gravanti sul sistema autonomo di gestione.

25.3 Parimenti, il secondo quesito presuppone la rilevanza di una disciplina nazionale -incentrata su un obbligo, a carico degli enti pubblici locali incaricati della raccolta, di contrarre con i consorzi autonomi, al fine di consegnare loro una percentuale di materiale selezionato corrispondente all'immesso nel mercato da parte degli operatori consorziati – che non risulta rilevante ai fini dell'odierno giudizio.

Anche in tale caso, l'Autorità, nell'assumere la decisione per cui è causa, non ha presupposto la vigenza della disciplina positiva alla base del quesito pregiudiziale.

Le misure in contestazione, in particolare, non avevano certo l'obiettivo di imporre alcun obbligo di convenzionamento agli enti locali incaricati della raccolta, ma tendevano (all'opposto) a rimuovere quegli ostacoli contrattuali - la cui vigenza era stata rivendicata (come osservato) dal consorzio di filiera-, che impedivano agli stessi enti locali di esercitare liberamente la propria autonomia convenzionale.

Tali misure, in altri termini, consentivano agli enti locali di conferire ai sistemi autonomi di gestione la quota parte di rifiuti corrispondenti ai volumi di immesso al consumo dei rispettivi consorziati senza incorrere in inadempimenti per violazione della clausola anticoncorrenziale “*tutto o niente*” regolante i rapporti intrattenuti con Corepla; i Comuni, in tale modo, da un lato, non sarebbero stati ostacolati nella propria libertà contrattuale dalla condotta *prima facie* illecita

dell'odierna appellante, dall'altro, avrebbero potuto esercitare la propria libertà contrattuale, pure rifiutando un convenzionamento in ipotesi reputato non conveniente.

Anche in tale caso, dunque, il quesito pregiudiziale ha ad oggetto una (supposta) disciplina nazionale che non ha concorso a delineare la base giuridica fondante il provvedimento per cui è causa, con conseguente sua irrilevanza ai fini dell'odierno giudizio.

26. Alla stregua delle osservazioni svolte, deve pervenirsi al rigetto dell'appello e, per l'effetto, alla conferma della sentenza impugnata.

La complessità e la novità delle questioni dedotte in giudizio giustificano l'integrale compensazione tra le parti delle spese del grado di appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese di giudizio del grado di appello.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Francesco De Luca**

**IL PRESIDENTE**

**Giancarlo Montedoro**