

di **Francesco de Leonardis, Simone Micono**

pubblicato il 22/12/2017

L'economia circolare alla prova dei fatti. La responsabilità estesa del produttore (E.P.R.): i consorzi di gestione degli imballaggi.

SOMMARIO

1. Introduzione	1
2. L'EPR nel diritto europeo vigente	3
3. L'EPR nel pacchetto sull'economia circolare	5
4. L'EPR nell'ordinamento giuridico italiano	8
5. Il sistema CONAI di <i>compliance</i> all'EPR e i relativi consorzi di filiera	9
6. I disallineamenti del sistema di EPR nazionale in materia di imballaggi rispetto alle attuali indicazioni provenienti dal diritto europeo	17
7. Conclusioni	25

1. Introduzione¹

La *Extended Producer Responsibility* (EPR) è quel principio – strumento di *policy* in base al quale il produttore di un dato manufatto non può disinteressarsi, ma al contrario deve occuparsi, anche del fine vita di tale prodotto².

¹ Francesco de Leonardis, professore ordinario di diritto amministrativo – Università di Macerata. Simone Micono, avvocato del Foro di Roma.

² Sia direttamente sotto il profilo gestionale/organizzativo (ad es. accettando i prodotti post consumo restituitigli dai consumatori e avviandoli a recupero/riciclo) che indirettamente sotto il profilo meramente finanziario (ossia pagando e delegando qualcun altro perché si occupi del fine vita dei propri prodotti). In materia di responsabilità estesa del produttore si v. P. DELL'ANNO, *Disciplina della gestione dei rifiuti* in Trattato di diritto dell'ambiente, volume secondo, diretto da P. DELL'ANNO e E. PICOZZA, CEDAM 2013; S. BENVENUTI, *Raccolta, Gestione e Smaltimento dei rifiuti in Italia. La complessità del quadro normativo e del riparto delle competenze* in Produzione, Gestione, Smaltimento dei rifiuti in Italia, Francia e Germania tra Diritto, Tecnologia, Politica, a cura di G.C. FERONI, Giappichelli, Torino 2014; G. GARZIA, *La responsabilità e i costi della gestione dei rifiuti. La responsabilità estesa del produttore* in F. GIAMPIETRO (a cura di), *La nuova disciplina dei rifiuti*, Milano, Kluwer 2011; SCARCELLA A., *Il Decreto di Recepimento della Direttiva-Quadro Sui Rifiuti (2008/98/Ce) tra Modifiche,*

L'obiettivo è quello di fare in modo che i produttori internalizzino i costi ambientali generati a fine vita dai propri manufatti (per la raccolta, la selezione, lo smaltimento in discarica, la termovalorizzazione o l'avvio a riciclo³), incentivandoli così ad optare per prodotti più virtuosi che a fine vita generino minori costi (in quanto ad es. riutilizzabili in tutto o in parte, ovvero riciclabili).

L'EPR, alla base di specifiche normative europee e nazionali come quella sulla gestione degli imballaggi⁴, o sui RAEE, rientra tra gli strumenti di mercato a tutela dell'ambiente⁵ (tasse ambientali, meccanismi di *cap and trade*, etc.⁶), mirando appunto a modificare a monte i comportamenti economici degli operatori (e dei consumatori) ed è intimamente connessa all'ulteriore principio cardine in materia ambientale e di rifiuti, quello del chi inquina paga ("Polluter Pays Principle")⁷. L'EPR è stata di recente

Abrogazioni E Novità, in Cass. pen. 2011, pag. 1302B, fasc. 4; CHILOSI, M., *Quali profili di responsabilità per il produttore del bene lungo la filiera di gestione?*, in *Ambiente&Sicurezza*, n. 2 del 8 febbraio 2011; *La Responsabilità estesa del Produttore in L'Italia del Riciclo 2015*.

³ OCSE, *The State of Play*, cit., p. 8; v. anche Commissione UE, *Development of Guidance on Extended Producer Responsibility*, Final Report, 2014, p. 23.

⁴ In materia di imballaggi si v. CERRUTO S. R., *La disciplina giuridica degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio*, in *Riv. giur. ambiente* 2009, pag. 79, fasc. 1; SCARCELLA A., *Il Decreto di Recepimento della Direttiva-Quadro Sui Rifiuti (2008/98/Ce) tra Modifiche, Abrogazioni E Novità*, cit.

⁵ Sul diritto ambientale si v. i due trattati fondamentali in materia: R. FERRARA-M.A. SANDULLI, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Giuffrè, 2014 e E. PICOZZA – P. DELL'ANNO, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Cedam, 2012. Tra i manuali più diffusi: G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, 3 ed., Giappichelli, 2015; P. DELL'ANNO, *Manuale di diritto ambientale*, 4 ed., Cedam, 2003; B. CARAVITA DI TORITTO (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Il Mulino, 2016. Tra i manuali stranieri cfr. ad es. J. HOLDER-M. LEE, *Environmental Protection, Law and Policy*, 2 ed., Cambridge University Press, 2007; S. BELL-D.MCGILLIVRAY, *Environmental Law*, 7 ed., Oxford University Press, 2008.

⁶ Sulle politiche ambientali che operano attraverso il mercato si rinvia a M. CLARICH, *La Tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.* 2007, n. 1; M. CAFAGNO- F. FONDERICO, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente* in P. DELL'ANNO-E-PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, CEDAM 2012; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Giappichelli 2007; G. BELLOMO, *Il Green Public Procurement nell'ordinamento multilivello dell'ambiente* in *Dir. pubbl. comp. ed eur.* 2008, n. 2; G. FIDONE, *L'integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici: il Green Public Procurement*, in *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, a cura di G.F. CARTEI, Giappichelli 2013.

⁷ Su tale principio si rinvia, tra i tanti, a M. MELI, *Oltre il principio chi inquina paga: verso un'economia circolare*, in *Riv.critica dir.privato*, 2017, 63 ss.; D. MAZZAGRECO, *Il principio comunitario "chi inquina paga" e i rifiuti in Italia* in *StrumentiRes*, Rivista on line della Fondazione Res; M. LOMBARDO, *Il principio "chi inquina paga" e la responsabilità ambientale da inquinamento*

inserita dal Parlamento europeo tra gli “strumenti economici” per promuovere il passaggio verso un’economia circolare⁸.

Obiettivo del presente contributo è quello di esaminare come l’EPR venga declinata in Italia, con particolare riferimento alla gestione degli imballaggi (sistema consortile CONAI e relativi consorzi di filiera per singoli materiali; sistemi autonomi alternativi al CONAI) e di mettere in luce taluni importanti disallineamenti tra la normativa e la prassi nazionale, da un lato, e la ragion d’essere e l’essenza stessa dell’EPR, dall’altro.

Tali disallineamenti, come si vedrà, hanno generato un nuovo e diverso principio, ossia quello della “responsabilità condivisa”⁹ tra tutti gli operatori della filiera, del tutto contrastante con il primo dal momento che finisce per riversare su vari soggetti – *in primis* gli utilizzatori degli imballaggi, su cui il sistema pone l’obbligo di versamento del contributo ambientale CONAI – una responsabilità che invece dovrebbe essere dei soli produttori (o comunque gravare in massima parte su di essi).

Anticipando sin d’ora le conclusioni, occorre intervenire sul sistema nazionale di EPR per riallinearlo a quello europeo, considerato anche che l’UE, con il pacchetto sull’economia circolare, si accinge a rafforzare i regimi di EPR individuandone i “requisiti minimi” comuni che dovranno essere osservati in tutti gli Stati membri (trasparenza, accessibilità dei dati, concorrenza, etc.).

2. L’EPR nel diritto europeo vigente

Senza pretesa di completezza, una pregnante definizione di EPR è quella dell’OCSE¹⁰, in base a cui essa è “*an environmental policy approach in which a producer’s responsibility for a product is extended to the post-consumer*

diffuso nel diritto dell’Unione europea in Il diritto dell’Unione europea, a.2011, n.3, P.719-740; *Tutela dell’ambiente e principio chi inquina paga*, a cura di G. MOSCHELLA, A.M. CITRIGNO; VETTORI A., *Un nuovo programma generale d’azione dell’Unione in materia di ambiente fino al 2020*, in Rivista Giuridica dell’Ambiente 2014, pag. 283, fasc. 2.

⁸ Parlamento europeo, emendamento 234, votato il 14.3.2017, alla proposta della Commissione europea 2015/0275 (COD) volta a modificare la direttiva 2008/98 relativa ai rifiuti, che inserisce l’“*elenco indicativo degli strumenti per promuovere il passaggio verso un’economia circolare*”, tra cui appunto, nella sezione “strumenti economici”, i regimi di responsabilità del produttore.

⁹ artt. 217, 2 comma, e 219, 2 comma, d.lgs. n. 152/2006. Per un’applicazione di tale principio si v. ad es. BAIONA S., *La responsabilità “condivisa” dei soggetti coinvolti nella filiera dei rifiuti: quali oneri in capo al trasportatore per conto terzi?*, in Responsabilità Civile e Previdenza 2010, pag. 654, fasc. 3.

¹⁰ Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico.

*stage of a product's life cycle*¹¹. In particolare, secondo l'OCSE l'“*Extended Producer Responsibility (EPR) is a policy approach under which producers are given a significant responsibility – financial and/or physical – for the treatment or disposal of post-consumer products. Assigning such responsibility could in principle provide incentives to prevent wastes at the source, promote product design for the environment and support the achievement of public recycling and materials management goals*”¹².

Alla base dell'EPR vi sono dunque non uno, ma una molteplicità di obiettivi, e in particolare, come ricordato non solo dall'OCSE¹³, ma anche dalla Commissione europea¹⁴ e dall'AGCM¹⁵, l'utilizzo della leva concorrenziale per stimolare la produzione di imballaggi meno inquinanti, ottenere elevate percentuali di riciclo degli imballaggi e la riduzione della spesa pubblica nell'attività di gestione dei rifiuti da imballaggio.

La leva concorrenziale assume, in particolare, un'importanza decisiva poiché, per dirla con le parole dell'Antitrust italiana, “*lo spostamento dell'onere finanziario della gestione dei rifiuti da imballaggio sui produttori conduce ad includere lo stesso nella loro funzione di costo, e di conseguenza anche nel prezzo finale degli imballaggi (nonché dei beni imballati). È evidente, dunque, che l'ammontare dell'onere ambientale, al pari delle altre componenti di costo, influisce sulla competitività dei produttori nel mercato della produzione e della vendita di imballaggi. La minimizzazione di tale componente, infatti, aumenta la capacità competitiva di un'impresa poiché le consente di praticare prezzi inferiori ai consumatori. (...) Per questo motivo un produttore può cercare di far leva su una produzione più eco-compatibile per vincere il gioco della concorrenza sul mercato della produzione e della vendita degli imballaggi*”¹⁶.

¹¹ OECD (2001) *Extended Producer Responsibility: A Guidance Manual for Governments*, OECD, March, Paris, 164p, richiamato nel documento *Development of Guidance on Extended Producer Responsibility (EPR), FINAL REPORT, European Commission – DG Environment 2014*.

¹² <http://www.oecd.org/env/tools-evaluation/extendedproducerresponsibility.htm>

¹³ V. OCSE, *The State of Play on Extended Producer Responsibility (EPR): Opportunities and Challenges Global Forum on Environment: Promoting Sustainable Materials Management through Extended Producer Responsibility (EPR)*, 2014, p. 29.

¹⁴ Commissione UE, *Development of Guidance on Extended Producer Responsibility*, cit., p. 29, in cui si evidenzia che “*the economic reasoning behind the EPR concept is to have producers internalize treatment and disposal costs so that they have an incentive to design products that last longer and are more easily treated after use*”.

¹⁵ AGCM, IC 49, *Indagine Conoscitiva Sui Rifiuti Solidi Urbani*, par. 587, http://www.agcm.it/component/joomdoc/allegati-news/IC49_testoindagine.pdf/download.html

¹⁶ AGCM, IC 49 cit., parr. 588 e 589.

A livello normativo e sul piano della disciplina generale (rifiuti¹⁷ *tout court*, fatte salve le discipline specifiche come quella sui rifiuti di imballaggi che si v. *infra*), l'EPR è cristallizzata, nel diritto europeo, nell'art. 8 della direttiva quadro rifiuti 2008/98¹⁸. Si tratta di una disposizione alquanto generica e “a maglie larghe”, che di fatto si limita a rimettere alla discrezionalità degli Stati membri la decisione se introdurre o meno l'EPR (“*possono adottare*”), e in tal caso sotto quale forma (responsabilità meramente finanziaria, o anche organizzativa-gestionale, come ad es. nel caso dell'accettazione dei prodotti restituiti post consumo).

3. L'EPR nel pacchetto sull'economia circolare

La genericità che attualmente caratterizza il regime di EPR a livello europeo sembra tuttavia destinata a cessare. Invero, nel recente pacchetto sull'economia circolare proposto dalla Commissione europea¹⁹,

¹⁷ Per un primo inquadramento della materia dei rifiuti, cfr. P. DELL'ANNO, *Manuale di diritto ambientale*, IV ed., Cedam, 2003; si consenta poi di rinviare a F. DE LEONARDIS, *Rifiuti*, in G. Rossi, a cura di, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015, 308 ss.. Vedi anche: R. FERRARA, M.A. SANDULLI, diretto da, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, *passim*; E. PICOZZA- P. DELL'ANNO, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, 2014, *passim*; F. PERES, *Rifiuti*, in A.L. DE CESARIS, S. NESPOR, *Codice dell'ambiente*, Milano, 2011, 165 ss.; N. LUGARESI, S. BERTAZZO, a cura di, *Nuovo codice dell'ambiente*, Rimini, 2009; A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 2008.

¹⁸ Articolo n.8 Responsabilità Estesa del Produttore: “1. Per rafforzare il riutilizzo, la prevenzione, il riciclaggio e l'altro recupero dei rifiuti, gli Stati membri possono adottare misure legislative o non legislative volte ad assicurare che qualsiasi persona fisica o giuridica che professionalmente sviluppi, fabbrichi, trasformi, tratti, venda o importi prodotti (produttore del prodotto) sia soggetto ad una responsabilità estesa del produttore. Tali misure possono includere l'accettazione dei prodotti restituiti e dei rifiuti che restano dopo l'utilizzo di tali prodotti, nonché la successiva gestione dei rifiuti e la responsabilità finanziaria per tali attività. Tali misure possono includere l'obbligo di mettere a disposizione del pubblico informazioni relative alla misura in cui il prodotto è riutilizzabile e riciclabile. 2. Gli Stati membri possono adottare misure appropriate per incoraggiare una progettazione dei prodotti volta a ridurre i loro impatti ambientali e la produzione di rifiuti durante la produzione e il successivo utilizzo dei prodotti e ad assicurare che il recupero e lo smaltimento dei prodotti che sono diventati rifiuti avvengano in conformità degli articoli 4 e 13. Tali misure possono incoraggiare, tra l'altro, lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti adatti all'uso multiplo, tecnicamente durevoli e che, dopo essere diventati rifiuti, sono adatti a un recupero adeguato e sicuro e a uno smaltimento compatibile con l'ambiente. 3. Nell'applicare la responsabilità estesa del produttore, gli Stati membri tengono conto della fattibilità tecnica e della praticabilità economica nonché degli impatti complessivi sociali, sanitari e ambientali, rispettando l'esigenza di assicurare il corretto funzionamento del mercato interno. 4. La responsabilità estesa del produttore è applicata fatta salva la responsabilità della gestione dei rifiuti di cui all'articolo 15, paragrafo 1, e fatta salva la legislazione esistente concernente flussi di rifiuti e prodotti specifici”.

¹⁹ L'anello mancante – Un piano d'azione per l'economia circolare, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6203_it.htm

che intende modificare varie direttive tra cui la 2008/98 ed attualmente in discussione al Parlamento europeo e al Consiglio (v. *infra*), è prevista “*l'introduzione di condizioni minime per il regime della responsabilità estesa del produttore*”.

In particolare, il considerando IX della proposta 2015/0275 (COD) volta a modificare la direttiva 2008/98 relativa ai rifiuti, sancisce significativamente che “*i regimi di responsabilità estesa del produttore sono elementi essenziali di una buona gestione dei rifiuti; tuttavia, poiché l'efficienza e l'efficacia di questi regimi variano notevolmente da uno Stato membro all'altro, è necessario definirne i requisiti minimi di funzionamento. Tali requisiti dovrebbero ridurre i costi e migliorare l'efficacia, così come garantire pari condizioni di concorrenza, anche per le piccole e medie imprese, e l'assenza di ostacoli al funzionamento del mercato interno. Essi dovrebbero inoltre contribuire a internalizzare i costi del fine vita includendoli nel prezzo del prodotto e incentivare i produttori a tenere conto in maggior misura della riciclabilità e della riutilizzabilità in fase di progettazione. I requisiti dovrebbero applicarsi ai regimi di responsabilità estesa del produttore nuovi e esistenti. È tuttavia necessario prevedere un periodo transitorio per quelli esistenti affinché i produttori possano adeguare le loro strutture e procedure ai nuovi requisiti*”.

Ancora, oltre a modificare l'art. 8 cit. inserendo un nuovo comma per cui i “*regimi di responsabilità estesa del produttore (...) definiscono i precisi obblighi operativi e finanziari dei produttori di prodotti*”, la proposta citata inserisce nella direttiva quadro rifiuti un nuovo art. 8 *bis*, rubricato proprio <<Requisiti generali in materia di responsabilità estesa del produttore>>. Tale disposizione, in sintesi, prevede che i sistemi di *compliance* all'EPR (“*organizzazioni create per attuare, per conto del produttore di prodotti, gli obblighi derivanti dalla responsabilità estesa di quest'ultimo*”, come ad es. il CONAI) rispettino le seguenti condizioni minime: definizione chiara della zona geografica, dei prodotti e dei materiali contemplati; possesso di adeguati mezzi operativi e finanziari; presenza di meccanismi adeguati di autosorveglianza, anche in punto di copertura integrale dei costi della raccolta differenziata (RD)²⁰ e di gestione a fine vita, solidità della gestione finanziaria e qualità dei dati raccolti e comunicati alle autorità competenti; copertura della

²⁰ Sono noti tra gli addetti del settore i contrasti tra l'Associazione dei Comuni Italiani (ANCI) e il CONAI proprio in punto di copertura da parte dei produttori e degli utilizzatori dei costi della RD degli imballaggi, con l'ANCI che lamenta di ricevere somme insufficienti a coprire tali costi. Cfr. sul punto, oltre all'indagine AGCM IC 49 cit. [p. 174: “*(...) i corrispettivi specificamente definiti dall'Accordo ANCI-CONAI, coprono al più il 20% del costo dell'attività di raccolta differenziata (...)*”], anche l'inchiesta apparsa su Il Fatto quotidiano (<http://www.ilfattoquotidiano.it/2016/10/08/raccolta-differenziata-tra-conflitti-di-interesse-e-dati-segreti-costi-a-carico-delle-casse-pubbliche/3066781/>).

“totalità dei costi di gestione” dei rifiuti derivanti dai propri prodotti²¹; modulazione del contributo ambientale (come ad es. il CAC CONAI) versato dai produttori aderenti al sistema “in funzione dei costi reali di fine vita dei singoli prodotti o gruppi di prodotti simili, in particolare tenendo conto della loro riutilizzabilità e riciclabilità”; istituzione da parte degli Stati membri di “un adeguato quadro di controllo e garanzia dell’attuazione, al fine di assicurare che i produttori dei prodotti rispettino i loro obblighi in materia di responsabilità estesa, gli strumenti finanziari siano utilizzati correttamente e tutti i soggetti coinvolti nell’attuazione del regime comunicano dati affidabili”; nel caso di pluralità di sistemi di compliance all’EPR, istituzione da parte degli Stati membri di “un’authority indipendente incaricata di sorvegliare l’attuazione degli obblighi derivanti da tale regime”. Come anticipato sopra, la proposta citata è attualmente al vaglio del Parlamento europeo e del Consiglio. In particolare, il PE ha approvato in prima lettura detta proposta il 14 marzo 2017, con una serie di emendamenti²² tra cui alcuni volti proprio a rafforzare i regimi di EPR e relativi “requisiti minimi” che dovranno essere osservati in tutti gli Stati membri. Tra di essi, si segnalano qui in particolare l’emendamento n. 26, che definisce l’EPR come “l’obbligo individuale imposto al produttore di essere responsabile della gestione del fine vita dei prodotti che immette sul mercato”, che può essere adempiuto “a titolo individuale o collettivo” e che deve essere introdotto “almeno per gli imballaggi, le apparecchiature elettriche ed elettroniche, le batterie e gli accumulatori nonché i veicoli fuori uso”; gli emendamenti nn. 28 e 143, per cui “gli Stati membri designano o istituiscono un’authority indipendente incaricata di sorvegliare l’attuazione degli obblighi in materia di responsabilità estesa del produttore e, nello specifico, di verificare l’osservanza, da parte delle organizzazioni competenti in materia di responsabilità del produttore, degli obblighi di cui alla presente direttiva”; gli emendamenti nn. 30 e 75, che attribuiscono alla Commissione la competenza ad adottare “criteri armonizzati da seguire in sede di definizione dei contributi finanziari versati dai produttori in adempimento ai loro obblighi derivanti dalla responsabilità estesa del produttore, modulati in funzione dei costi reali di fine vita dei prodotti”; l’emendamento n.

²¹ Mentre attualmente in Italia, che come detto e come si v. meglio anche *infra* ha una legislazione informata al principio della “responsabilità condivisa”, quota parte di tali costi rimangono a carico della finanza pubblica, e precisamente dei Comuni/gestori locali dei rifiuti urbani. Questi ultimi, infatti, si vedono riconoscere dal sistema CONAI (quindi dai produttori) non l’intero costo della raccolta differenziata degli imballaggi, ma solo i c.d. “maggiori oneri” della RD, ossia il delta costo tra la raccolta differenziata e quella indifferenziata [art. 221, comma 10, lett. b) del TUA].

²²[http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0070+0+DOC+XML+V0//IT&language=IT)

0070+0+DOC+XML+V0//IT&language=IT, v. in particolare emendamenti 19, 26 - 32, 75, 120 – 144, 155, 189, 196, 234.

120, che rende non più facoltativa, ma obbligatoria per gli Stati l'introduzione dei regimi di EPR (“*adottano*” invece che “*possono adottare*” dell'attuale art. 8, paragrafo 1, comma 1).

4. L'EPR nell'ordinamento giuridico italiano

A livello nazionale, sempre sul piano della disciplina generale sui rifiuti e fatte salve le discipline specifiche (come quella sui rifiuti di imballaggi che si v. *infra*), la scarsa disciplina in materia di EPR è contenuta nell'art. 178 *bis* del d.lgs. n. 152/2006²³, rubricato << *Responsabilità estesa del produttore*>> ed inserito nel testo unico ambientale dall'articolo 3 del d.lgs. 3 dicembre 2010, n. 205.

Tale disposizione, sulla falsariga dell'art. 8 della direttiva quadro rifiuti 2008/98²⁴, non va di fatto oltre una mera affermazione di principio, limitandosi a stabilire che “*possono essere adottati (...) con uno o più decreti del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare aventi natura regolamentare, (...) le modalità e i criteri di introduzione della responsabilità estesa del produttore del prodotto*” e che “*i decreti di cui al comma 1 possono prevedere altresì che i costi della gestione dei rifiuti siano sostenuti parzialmente o interamente dal produttore del prodotto causa dei rifiuti. Nel caso il produttore del prodotto partecipi parzialmente, il distributore del prodotto concorre per la differenza fino all'intera copertura di tali costi*”.

Ad oggi non risulta che il Ministro dell'ambiente abbia adottato uno o più decreti volti ad introdurre, di sua iniziativa, i regimi di EPR per una o più specifiche tipologie di rifiuti.

Gli unici regimi di EPR (o di “responsabilità condivisa” come nel caso degli imballaggi, v. *infra*) attualmente vigenti nell'ordinamento italiano sono stati introdotti non con decreto ministeriale, bensì direttamente con la normativa primaria, e soprattutto su preciso vincolo europeo, ossia esclusivamente in sede di attuazione di specifiche direttive (come la direttiva 94/62 sugli imballaggi, o la direttiva 2012/19/UE sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche - RAEE).

Ed è proprio del recepimento in Italia della direttiva imballaggi che si passa a trattare.

²³ D'ora in avanti anche solo TUA, testo unico ambientale.

²⁴ Nel testo attualmente vigente e al netto, dunque, delle modifiche di cui sopra proposte dalla Commissione e dal PE.

5. Il sistema CONAI di *compliance* all'EPR e i relativi consorzi di filiera

Come più volte anticipato sopra, uno dei settori in cui trova applicazione l'EPR è quello degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggi, che rappresentano circa un terzo del totale dei rifiuti urbani prodotti annualmente (in Italia, nel 2015, 12,3 milioni di tonnellate su un totale rifiuti urbani di 29,5 milioni di tonnellate)²⁵. In tale settore, dunque, si è posto per primo il problema di trovare forme corrette di riduzione e gestione a fine vita degli imballaggi e dei relativi rifiuti. Si può, dunque, dire che il “modello imballaggi” ha in qualche modo ispirato tutte le successive legislazioni di settore (come quella sui RAEE) e lo stesso art. 8 della direttiva quadro rifiuti (norma generale sulla responsabilità estesa del produttore).

In particolare, la direttiva imballaggi, che risale al 1994 (direttiva 94/62/CE), prevede all'art. 4 che le misure di prevenzione “*possono consistere in programmi nazionali, progetti intesi a introdurre la responsabilità del produttore di ridurre al minimo l'impatto ambientale dell'imballaggio*”, e all'art. 6 menziona una apposita relazione della Commissione avente ad oggetto, tra l'altro, la “*responsabilità del produttore, compresi gli aspetti finanziari*”²⁶.

È da notare che l'EPR in tale (risalente) direttiva si presenta ancora in forma “embrionale” e generica, e in particolare è declinata come obbligo di raggiungere determinati obiettivi di recupero e riciclaggio (quelli di cui all'art. 6), da adempiersi attraverso l'istituzione dei “Sistemi di restituzione, raccolta e recupero” di cui al successivo art. 7 (c.d. sistemi di *compliance* all'EPR).

²⁵ <<Nel 2015, l'immesso al consumo di imballaggi sul mercato nazionale, secondo i dati presentati dal CONAI nel “Programma generale di prevenzione e di gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio Relazione generale consuntiva 2015”, si attesta a quasi 12,3 milioni di tonnellate”; ISPRA, Rapporto rifiuti urbani 2016, http://www.isprambiente.gov.it/files/pubblicazioni/rapporti/RapportoRifiutiUrbani_Ed.2016_n.251_Vers.Integrale_ErrataCorrige.pdf

²⁶ Da menzionare anche il XXVIII considerando per cui “è essenziale che tutte le parti coinvolte nella produzione, nell'uso, nell'importazione e nella distribuzione di imballaggi e di prodotti imballati diventino più consapevoli dell'incidenza degli imballaggi nella produzione di rifiuti; che conformemente al principio “chi inquina paga” accettino di assumersene la responsabilità; che l'elaborazione e l'applicazione delle misure previste dalla presente direttiva dovrebbero implicare e richiedere, ove necessario, la stretta cooperazione di tutte le parti in uno spirito di responsabilità solidale”.

Nulla viene, però, detto circa i <<requisiti minimi>> di tali sistemi (ad es., se l'onere gravante sui produttori richieda un loro coinvolgimento diretto nell'organizzazione e gestione dei rifiuti, o sia piuttosto integralmente delegabile ad altri soggetti dietro pagamento di un corrispettivo per tale servizio; se tale onere debba, poi, coprire tutti i costi di raccolta e gestione a fine vita dei rifiuti di imballaggi, o solo quota parte di essi, etc.).

Le uniche, ma comunque significative previsioni della direttiva imballaggi sul punto sono quelle – che come si v. *infra* non appaiono rispettate in Italia – per cui detti sistemi di *compliance* all'EPR devono comunque essere “*aperti alla partecipazione degli operatori economici dei settori interessati e alla partecipazione delle competenti autorità pubbliche*” e “*concepiti in modo da evitare ostacoli agli scambi o distorsioni della concorrenza in conformità con il trattato*” (art. 7, paragrafo 1, comma 2).

In Italia la direttiva imballaggi è stata recepita con il d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22²⁷, successivamente sostituito ed abrogato dal testo unico ambientale²⁸. In entrambi i decreti, per quanto qui di interesse, l'obbligo di raggiungere gli obiettivi di recupero e riciclaggio viene sostanzialmente rimesso ed affidato (salvo quanto si v. *infra* sui sistemi autonomi) al sistema di EPR rappresentato dal CONAI (Consorzio nazionale imballaggi) e relativi consorzi di filiera per singoli materiali (per la plastica, COREPLA; per il vetro, COREVE; per la carta, COMIECO; per il legno, RILEGNO; per l'alluminio, CIAL; per l'acciaio, RICREA)²⁹.

Più precisamente, il Legislatore italiano, da un lato, pone a carico dei produttori (e degli utilizzatori, dunque allargando dalla “responsabilità estesa del produttore”, alla “responsabilità condivisa”³⁰), puntuali “obiettivi di recupero e di riciclaggio”³¹ e “obblighi”³² di corretta gestione a fine vita. Dall'altro,

²⁷ C.d. decreto Ronchi.

²⁸ D.lgs. n. 152/2006.

²⁹ <http://www.conai.org/chi-siamo/sistema-conai/consorzi/>

³⁰ Artt. 217, 2 comma, e 219, 2 comma, d.lgs. n. 152/2006.

³¹ Art. 220 TUA, che rinvia per la puntuale individuazione di tali obiettivi, diversi a seconda dei singoli materiali, all'Allegato E alla parte IV del TUA.

³² Art. 221 TUA, per cui “*I produttori e gli utilizzatori sono responsabili della corretta ed efficace gestione ambientale degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio generati dal consumo dei propri prodotti*”, e “*adempono all'obbligo del ritiro dei rifiuti di imballaggio primari o comunque conferiti al servizio pubblico della stessa natura e raccolti in modo differenziato*”, versando ai Comuni/gestori locali che effettuano il servizio di RD degli imballaggi i c.d. “maggiori oneri” della raccolta differenziata, ossia il delta costo tra l'indifferenziata e la differenziata [art. 221 cit., comma 10, lett. b) e art. 224 TUA, comma 3, lett. h)].

prevede che tali obiettivi ed obblighi derivanti dall'EPR (nell'accezione allargata di "responsabilità condivisa" anche con gli utilizzatori e le p.a. che effettuano il servizio di RD³³) siano raggiunti e assolti da tali imprese private ricorrendo alla formula organizzativa, anch'essa rientrante nell'autonomia privata/negoziata, del consorzio³⁴.

Nel caso di specie, la fase comune di attività delle rispettive imprese (dei produttori e degli utilizzatori) che viene svolta per mezzo dell'organizzazione consortile (COREPLA, COREVE, etc.) è quella della gestione a fine vita degli imballaggi prodotti e immessi a consumo. In altre parole, si ricorre alla formula organizzativa privatistica del consorzio per adempiere ad un obbligo di legge gravante su tali imprese private, che ne delegano così l'assolvimento al consorzio medesimo, dietro pagamento di un corrispettivo per il servizio di gestione a fine vita da questo reso (consorzi cui tali produttori sono tenuti per legge ad aderire³⁵ salvo che, come si v. *infra*, abbiano istituito dei sistemi autonomi per assolvere direttamente agli obblighi di legge).

È chiaro che si tratta (tanto per il CONAI, quanto per i consorzi di filiera) di soggetti con "*personalità giuridica di diritto privato senza fine di lucro*" (artt. 223 e 224 TUA). Non vale, infatti, a spostare tale considerazione la circostanza, pur da taluni invocata, che la tutela dell'ambiente è una finalità tipicamente pubblicistica e che essi scontano taluni (minimi) controlli ministeriali, in quanto "*retti da uno statuto adottato in conformità ad uno schema tipo, redatto dal Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio di concerto con il Ministro delle attività produttive*"³⁶ (v. ancora artt. cit.: per il CONAI l'art. 224 cit. prevede in

³³ V. art. 222 TUA, rubricato "raccolta differenziata e obblighi della pubblica amministrazione".

³⁴ Art. 2602 c.c., 1 comma.: "*Con il contratto di consorzio più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese*". Il Consiglio di Stato nella sent. ampiamente cit. *infra* ha ricordato che lo "*strumento del consorzio [...] costituisce la figura privatistica tipica configurata dal codice civile, negli artt. 2602 ss., per la collaborazione tra imprese*". Sull'esperienza dei consorzi obbligatori si veda di recente C. BARDINI ed altri, *Il governo delle gestione delle plastiche nei rifiuti*, Cacucci, Bari, 2014.

³⁵ Art. 223 TUA: "*I produttori che non provvedono ai sensi dell'articolo 221, comma 3, lettere a) e c) [ossia i produttori che non costituiscono sistemi autonomi, n.d.r.], costituiscono un Consorzio per ciascun materiale di imballaggio di cui all'allegato E della parte quarta del presente decreto, operante su tutto il territorio nazionale*".

³⁶ Per i consorzi di filiera il riferimento è al recente DM MATTM 3 maggio 2017, *Correttivo del decreto 24 giugno 2016 concernente l'approvazione dello schema di statuto-tipo per i Consorzi per gli imballaggi*, pubblicato nella GU n.118 del 23/5/2017 e adottato a seguito della sent. del Cons. di Stato n. 4475/2015, che aveva dichiarato parzialmente illegittimo il precedente statuto tipo

particolare che lo statuto sia “*approvato con decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio di concerto con il Ministro delle attività produttive*”). Si tratta, infatti, di meri “*correttivi di stampo pubblicistico*”³⁷, così come l’ordinamento conosce altre ipotesi di soggetti privati che con il loro operato perseguono anche finalità pubblicistiche (si pensi ai medici privati che tutelano il diritto alla salute, o alle scuole paritarie private che tutelano quello all’istruzione, etc.) e sottoposti a varie forme di controllo da parte delle autorità pubbliche.

La “*natura privatistica dei consorzi in questione contemperata dalla disciplina speciale del Codice dell’ambiente*” è stata recentemente confermata dal Consiglio di Stato³⁸, ponendo così fine ad un annoso dibattito, alimentato anche da talune pronunce del giudice amministrativo di primo grado³⁹, sulla presunta qualifica *lato sensu* pubblicistica (precisamente, di incaricati di pubblico servizio) di tali consorzi.

ordinando al MATTM l’adozione di un nuovo statuto tipo, “*rispettoso, in applicazione dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, della natura privatistica dei consorzi in questione contemperata dalla disciplina speciale del Codice dell’ambiente*”.

³⁷ Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. 24 settembre 2015, n. 4475 cit. *infra*.

³⁸ Sez. VI, sent. 24 settembre 2015, n. 4475.

³⁹ Ci si riferisce, in particolare, alla sent. del TAR Lazio, Roma, Sez. II bis, n. 10262/2014, riformata in appello dalla predetta pronuncia del C.d.S., in cui si legge che “*(...) non si può non rimarcare che la stessa forma consortile è nella specie strumentale al perseguimento di finalità d’interesse pubblico e dunque fuoriesce dalla libera disponibilità degli stessi consorziati per assumere il carattere di vera e propria doverosità. Le ragioni di tale rilevanza pubblicistica sono facilmente rinvenibili, in primo luogo, nella costituzione ex lege dei Consorzi e nell’obbligo dei produttori, che non provvedano secondo le modalità alternative (organizzazione autonoma dei propri rifiuti di imballaggio o attestazione di messa in atto di un sistema di restituzione dei propri imballaggi) di cui all’art. 221 comma 3 del TUA, di partecipare ai Consorzi stessi per adempiere le prestazioni e conseguire gli obiettivi di interesse pubblico (ritirare e garantire il riciclaggio dei rifiuti di imballaggio provenienti dalla raccolta differenziata effettuata dai comuni, raccogliere gli imballaggi secondari e terziari da utenze produttive private e avviarli al recupero – riciclaggio) stabiliti dagli ordinamenti comunitario e nazionale. L’attività dei Consorzi assume pertanto tratti simili a quelli propri dell’erogazione di un servizio pubblico. In secondo luogo, ed analogamente a quanto appunto avviene per i servizi pubblici, i mezzi finanziari per il funzionamento dei consorzi di filiera provengono in larga parte da risorse degli utenti/operatori/consumatori, mediante l’applicazione di un contributo ambientale (c.d. C.A.C., disciplinato dall’art. 224 comma 3 lett. b del D.Lgs. n. 152/2006 e dallo Statuto CONAI), il quale, pur non avendo carattere tributario, costituisce oggetto di un’obbligazione ex lege destinata ad operare secondo meccanismi del tutto simili a quelli dell’IVA, entrando a far parte integrante del prezzo di vendita dell’imballaggio con una traslazione dei costi a carico del consumatore finale. Da ciò risulta evidente che il C.A.C. è posto a carico dell’intera collettività che sostiene gli oneri del sistema. Come chiarisce poi l’Amministrazione in sede difensiva, l’incidenza sul prezzo finale è tutt’altro che trascurabile e le somme prelevate sono sottoposte a vincolo di destinazione, tanto che il consorziato percettore non diventa mai titolare di quelle somme, ma ne ha la semplice disponibilità precaria, come si legge nell’art. 14 comma 1, lett. f), dello Statuto Conai.*”

In particolare, il Consiglio di Stato ha sancito che: *“i consorzi unici nazionali di filiera per la gestione dei rifiuti di imballaggio non possono qualificarsi alla stregua di consorzi obbligatori ai sensi degli artt. 2616 ss. cod. civ. (...) né come consorzi correntemente qualificati come obbligatori in quanto costituiti mediante apposito provvedimento legislativo (quest’ultima tipologia di consorzi è assoggettata ai seguenti principi comuni, ricavabili dalle relative discipline istitutive, statali o regionali: ciascun consorzio obbligatorio è costituito e regolato da un atto legislativo; i consorzi obbligatori sono per loro natura totalitari, comprendendo tutti coloro che in determinato ambito territoriale esercitano l’attività cui il consorzio presiede; l’appartenenza al consorzio è determinata ipso iure dal fatto di esercitare un dato tipo di attività; i consorzi obbligatori si trovano in una posizione di monopolio di diritto; essi sono persone giuridiche pubbliche). Infatti, l’espressa qualificazione dei consorzi di cui all’art. 223 d.lgs. n. 153 del 2006 come soggetti muniti di personalità giuridica di diritto privato e la coesistenza, nello stesso settore di gestione dei rifiuti da imballaggio, di operatori privati gestori di sistemi autonomi, con conseguente apertura a un sistema tendenzialmente concorrenziale (seppure non tra consorzi nazionali, unici per tipologia di imballaggio, ma tra consorzio unico nazionale ed operatori autonomi; v. sopra), implicano, per un verso, l’inapplicabilità diretta dei principi in tema di consorzi obbligatori – con conseguente inconferente richiamo, nell’impugnata sentenza (al fine di giustificare le denunziate previsioni invasive contenute nello schema-tipo di statuto), ed illegittimo rinvio, nell’art. 24 dello schema-tipo di statuto, al regime di vigilanza governativa di cui all’art. 2619 cod. civ. – e, per altro verso, l’assoggettamento dei consorzi in esame alla disciplina privatistica propria dei consorzi volontari, improntata ai principi di autonomia statutaria (a sua volta esplicazione del principio di autonomia contrattuale ex art. 1322 cod. civ.), organizzativa e gestionale”*.

Dunque, come confermato dal Cons. di Stato, e ciò tanto alla luce del dato normativo testuale (*“personalità giuridica di diritto privato”*), quanto avendo riguardo, ancor più a monte, alla natura stessa dell’EPR (strumento economico e di mercato a tutela dell’ambiente⁴⁰) e dei soggetti (imprese private) su cui essa grava, risulta evidente che si è in presenza di soggetti privati, che adempiono ad un proprio

La circostanza che le risorse necessarie per l’attività del consorzi di filiera in esame sono garantite da norme di legge per conseguire obiettivi di carattere generale (citato art. 224, comma 3, lett. b) e sono poste a carico dei cittadini che al momento dell’acquisto di un bene imballato pagano anche il C.A.C. come componente del prezzo, costituisce elemento giustificativo dei poteri di vigilanza dell’Amministrazione sui consorzi medesimi (ed anche sulla gestione, quindi, di risorse aventi finalità pubblicistiche)”.

⁴⁰ V. ancora Parlamento europeo, emendamento 234, votato il 14.3.2017, alla proposta della Commissione europea 2015/0275 (COD) volta a modificare la direttiva 2008/98 relativa ai rifiuti, che inserisce l’*“elenco indicativo degli strumenti per promuovere il passaggio verso un’economia circolare”*, tra cui appunto, nella sezione *“strumenti economici”*, i regimi di responsabilità del produttore.

specifico onere (l'EPR per l'appunto). Con ciò svolgendo peraltro, al pari di qualsiasi altra impresa della filiera dei rifiuti, come ad es. i riciclatori, una “attività di pubblico interesse (v. art. 177, comma 2, d.lgs. n. 152 del 2006, secondo cui «la gestione dei rifiuti costituisce attività di pubblico interesse», funzionale alla protezione dell'ambiente e della salute umana), e non già un servizio pubblico in senso stretto – con conseguente erroneo richiamo, nell'appellata sentenza, dei principi regolatori del settore dei servizi pubblici, a partire dalle relative modalità di finanziamento (...)”⁴¹.

Da notarsi come sia significativo che il Consiglio di Stato, con tale importante sentenza, abbia anche sgomberato il campo dall'ulteriore equivoco (direttamente discendente da quello sulla presunta natura lato sensu pubblicistica di tali soggetti) circa l'asserita natura fiscale/paratributaria del contributo ambientale CONAI, versato dai consorziati per finanziare le attività dei predetti consorzi (su cui si v. anche *infra*), chiarendo che si tratta piuttosto di risorse integralmente private provenienti dai consorziati (onere da EPR a fronte del servizio reso ai produttori e agli utilizzatori da tali consorzi), estranee alla fiscalità pubblica⁴².

Sulla stessa linea (“privatistica”) del Consiglio di Stato è del resto anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione, per cui “il contributo dovuto al CONAI, legato alla produzione di imballaggi e parametrato alla quantità, al peso e alla tipologia del materiale di cui essi sono costituiti (art. 224 comma 3 lett. b) d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152), in quanto segno diretto della immissione nell'ambiente di rifiuti di un certo tipo e non segno indiretto di capacità reddituale, non partecipa della natura dei tributi indiretti”⁴³.

Ulteriore conferma di tale natura privatistica del CAC CONAI, onere da EPR gravante su imprese private e del tutto estraneo alla finalità pubblica, la si trae, “*ex facto*”, dalle stesse modalità con cui il CONAI ha recentemente deciso di variare il contributo ambientale sugli imballaggi in plastica⁴⁴. Tale

⁴¹ V. ancora pronuncia cit.

⁴² Consiglio di Stato, sent. cit.: “Né il contributo ambientale può essere assimilato all'IVA (...)”, con “conseguente mancata incidenza della relativa attività sul bilancio dello Stato ed insussistenza di correlativa ragione giustificatrice di strumenti di controllo particolarmente incisivi del Ministero”.

⁴³ Cassazione civile, sez. I, 06/11/2013, n. 24970; nello stesso senso Cassazione civile, sez. VI, 04/09/2015, n. 17651, per cui “Per le cause relative all'obbligazione di pagare i contributi ambientali al Consorzio CONAI, è territorialmente competente il giudice (civile, n.d.r.) del luogo ove il Consorzio ha sede (e, cioè, Roma), ravvisandosi nell'adesione allo stesso il momento genetico dell'obbligazione”.

⁴⁴ V. <http://www.conai.org/imprese/contributo-ambientale/contributo-diversificato/>

decisione – coinvolgente un gran numero di imprese – è stata, infatti, assunta dal suo CDA in piena autonomia e senza alcun tipo di vincolo o controllo pubblicistico, né *ex ante* né *ex post*⁴⁵.

Ancora, il fatto che sul CAC si paghi l’IVA conferma che si tratta di un contributo a fronte della prestazione di un servizio (quello di gestione a fine vita degli imballaggi)⁴⁶.

Quel che, invece, non può condividersi della pronuncia del Consiglio di Stato è l’affermazione⁴⁷ per cui il CAC rimarrebbe a carico dei produttori e degli utilizzatori, senza dunque essere traslato sui consumatori all’atto dell’acquisto delle merci imballate (con un meccanismo analogo a quello delle imposte indirette, ove sono noti i fenomeni della traslazione dell’imposta e la distinzione tra contribuente di diritto e contribuente di fatto o inciso⁴⁸). Basti qui citare, a smentita di tale tesi, la richiamata proposta 2015/0275 (COD) della Commissione europea volta a modificare la direttiva quadro rifiuti 2008/98, che al IX considerando espressamente chiarisce che *“i regimi di responsabilità estesa del produttore (...) dovrebbero inoltre contribuire a internalizzare i costi del fine vita includendoli nel prezzo del prodotto e incentivare i produttori a tenere conto in maggior misura della riciclabilità e della riutilizzabilità in fase di progettazione”*.

In altre parole, essendo il CAC un onere da EPR (contributo per la corretta gestione a fine vita degli imballaggi), ed essendo l’EPR per definizione un meccanismo finalizzato ad incentivare l’utilizzo di imballaggi più virtuosi e riciclabili proprio grazie alla “spia” rappresentata dal prezzo di acquisto (l’imballaggio riciclabile costa meno di quello non riciclabile), va da sé che il CAC (così come tutti gli altri contributi derivanti dall’EPR) non possa che finire per essere incluso nel prezzo del prodotto (e

⁴⁵ Lo stesso Ministro dell’Ambiente, in sede di interrogazione parlamentare e risposta del Ministro nella Seduta di Venerdì 6 ottobre 2017 della Camera dei Deputati, ha affermato che la *“(...) differenziazione del contributo ambientale”* è avvenuta *“in piena autonomia dal Conai (...)”*.

⁴⁶ CONAI, <http://www.conai.org/imprese/contributo-ambientale/>, “aspetti fiscali”, in cui si legge che *“Il Contributo Ambientale CONAI esposto nella fattura di vendita rientra nel campo di applicazione IVA”*.

⁴⁷ Cons. di Stato cit.: *“(...) accollando per contro l’art. 219, comma 2, d.lgs. n. 152 del 2006 il costo della raccolta differenziata, della valorizzazione e dell’eliminazione dei rifiuti di imballaggio alle categorie dei produttori e utilizzatori, e vietando il successivo art. 221, comma 11, che la restituzione di imballaggi usati o di rifiuti di imballaggio, ivi compreso il conferimento di rifiuti in raccolta differenziata, possa comportare oneri economici per il consumatore”*.

⁴⁸ Treccani, Dizionario di economia e finanza, voce “percussione”, http://www.treccani.it/enciclopedia/percussione_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/

quindi gravare sul consumatore), al pari di tutti gli altri costi sostenuti dall'impresa per la sua produzione e gestione a fine vita.

La traslazione sul consumatore emerge anche da quanto affermato dall'AGCM nella sua indagine cit. IC 49, ove si legge che *“l'onere da EPR sostenuto dalle imprese”*, in un sistema correttamente congegnato (ma così non è per molti aspetti quello italiano, v. *infra*), deve, *“attraverso il prezzo, segnalare al consumatore la maggiore o minore eco-compatibilità del prodotto”*⁴⁹, e che *“un'adeguata applicazione del principio dell'EPR dovrebbe far sì che la concorrenza tra produttori di imballaggi si giochi anche sulla capacità di minimizzare la componente del costo di produzione legata all'assolvimento degli oneri ambientali, ovvero sulla produzione di imballaggi più o meno riciclabili”*⁵⁰.

Chiarita, dunque, la natura (privatistica) di tali consorzi e del CAC, si può ricordare che il CONAI e i relativi consorzi di filiera per singoli materiali non operano in regime di monopolio di diritto ma, questo sì, di fatto. Il Legislatore italiano, infatti, non riconosce ad essi alcun regime di esclusiva/privativa⁵¹, ma anzi prevede all'art. 221 del TUA che i produttori, per adempiere ai propri obblighi da EPR, *“possono alternativamente”*⁵² (ossia in luogo dell'adesione al CONAI e al relativo consorzio di filiera in base alla tipologia di imballaggi prodotti) *“organizzare autonomamente, anche in forma collettiva, la gestione dei propri rifiuti di imballaggio sull'intero territorio nazionale”*⁵³, o ancora *“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”*⁵⁴ (c.d. sistemi di EPR autonomi da CONAI). Solo nell'ipotesi in cui non abbiano provveduto in tal senso (ossia costituendo un sistema autonomo), scatta, allora, l'obbligo per i produttori di aderire al CONAI e al relativo consorzio di filiera (sempre in base alla tipologia di imballaggi prodotti)⁵⁵.

⁴⁹ AGCM, indagine IC 49 cit., par. 43.

⁵⁰ AGCM, indagine IC 49 cit., par. 44.

⁵¹ Del resto, la direttiva imballaggi, come chiarito sopra, impone che i sistemi di *compliance* all'EPR debbano comunque essere *“aperti alla partecipazione degli operatori economici dei settori interessati e alla partecipazione delle competenti autorità pubbliche”* e *“concepiti in modo da evitare ostacoli agli scambi o distorsioni della concorrenza in conformità con il trattato”* (art. 7, paragrafo 1, comma 2, direttiva 94/62/CE).

⁵² Comma 3 art. 221 TUA cit.

⁵³ Art. 221 TUA, comma 3, lett. a).

⁵⁴ Art. 221 TUA, comma 3, lett. c).

⁵⁵ Art. 223 TUA, comma 1: *“I produttori che non provvedono ai sensi dell'articolo 221, comma 3, lettere a) e c), costituiscono un Consorzio per ciascun materiale di imballaggio di cui all'allegato E della parte quarta del presente decreto, operante su tutto il territorio nazionale”*.

Siamo, quindi, in presenza (*recte*: dovremmo essere in presenza) di un regime concorrenziale tra CONAI-consorzi di filiera da un lato, e sistemi autonomi (individuali o collettivi, organizzati o meno in forma consortile) dall'altro, e dunque, per dirla con le parole del Consiglio di Stato, di una “*obbligatorietà per così dire a carattere residuale*”⁵⁶ (nel senso che ci si deve iscrivere al CONAI e al relativo consorzio di filiera solo ove non si adotti volontariamente un sistema autonomo alternativo). In altre parole, i produttori (e gli utilizzatori) possono scegliere se adempiere ai propri obblighi direttamente, creando un proprio (autonomo) *compliance scheme* all'EPR, ovvero delegare (dietro corrispettivo) l'adempimento di tali obblighi aderendo al sistema residuale (per così dire di *default*) CONAI. Fermo restando che si tratta in entrambi i casi di *compliance scheme* all'EPR di natura privatistica e operanti con risorse private provenienti dai propri aderenti.

6. I disallineamenti del sistema di EPR nazionale in materia di imballaggi rispetto alle attuali indicazioni provenienti dal diritto europeo

Si è anticipato che, con riferimento agli imballaggi, sussistono taluni importanti disallineamenti tra la normativa e la prassi nazionale da un lato, e, dall'altro, la ragion d'essere e l'essenza stessa dell'EPR come risultante dal diritto europeo.

Un primo, radicale e sostanziale disallineamento è dato dal fatto che la trasposizione in Italia del principio della responsabilità estesa del produttore ha generato un nuovo e diverso principio, del tutto differente dal primo, della “responsabilità condivisa”⁵⁷ tra tutti gli operatori della filiera (produttori, utilizzatori, utenti finali, commercianti, enti locali che svolgono il servizio di raccolta differenziata). Principio che di fatto finisce, quindi, per riversare su vari soggetti una responsabilità che invece

⁵⁶ Cons. di Stato, sent. n. 4475/2015 cit.: “*i menzionati consorzi di filiera sono costituiti a livello nazionale per ciascuna tipologia di materiale di imballaggio, cui gli operatori appartenenti alla categoria dei produttori sono obbligati ad aderire soltanto qualora non adottino volontariamente sistemi autonomi alternativi di gestione dei propri imballaggi, quali previsti dal citato art. 221, comma 3, lett. a) e c), d.lgs. n. 152 del 2006, versandosi dunque in fattispecie di obbligatorietà per così dire a carattere residuale, in un sistema connotato dalla coesistenza del consorzio nazionale di filiera (unico per tipologia di materiale di imballaggio) con le iniziative autonome di cui alle richiamate lettere a) e c) del comma 3 dell'art. 221*”.

⁵⁷ Artt. 217, 2 comma, e 219, 2 comma, d.lgs. n. 152/2006.

dovrebbe essere dei soli produttori (o comunque gravare in massima parte su di essi)⁵⁸ al fine di spingerli a produrre beni più riciclabili.

Così, nell'art. 221 del TUA troviamo indicati gli <<Obblighi dei produttori e degli utilizzatori>>, e sancito il principio per cui non solo i produttori, ma anche gli utilizzatori *“sono responsabili della corretta ed efficace gestione ambientale degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio generati dal consumo dei propri prodotti”* (comma 1) e devono quindi partecipare al CONAI per adempiere *“all’obbligo del ritiro dei rifiuti di imballaggio primari o comunque conferiti al servizio pubblico della stessa natura e raccolti in modo differenziato”* (comma 2).

Ancora, è proprio sugli utilizzatori, e non sui produttori dunque come invece richiederebbe l'EPR⁵⁹, che il sistema CONAI pone l'obbligo di versamento del CAC⁶⁰ (gli utilizzatori pagano il contributo ambientale esposto in fattura dai loro fornitori). Quest'ultimo, infatti, viene applicato dall'ultimo produttore dell'imballaggio al primo utilizzatore del medesimo all'atto della c.d. prima cessione⁶¹. In altre parole, il produttore, quando vende l'imballaggio finito all'utilizzatore, che se ne serve per la propria attività di impresa (ad es. per il confezionamento dei propri prodotti), applica in fattura, oltre al prezzo di acquisto del bene, anche il CAC (tot. € a ton. a seconda del materiale), che quindi provvede ad incamerare e successivamente a riversare (non essendo somme proprie) al CONAI in sede di dichiarazioni periodiche⁶². Detto ancora altrimenti, il produttore non versa, ma applica il CAC all'utilizzatore, che è l'unico soggetto che provvede quindi a tale versamento all'atto della c.d. prima

⁵⁸ Come detto tra tali soggetti vi sono anche i Comuni/gestori locali dei rifiuti urbani, che sostengono quota parte del costo della raccolta degli imballaggi, poiché la legge pone a carico dei produttori e degli utilizzatori non l'intero costo della RD degli imballaggi, ma solo i c.d. “maggiori oneri”, ossia il delta costo tra la differenziata e l'indifferenziata [art. 221, comma 10, lett. b) del TUA].

⁵⁹ Salvo la successiva traslazione sul consumatore.

⁶⁰ Gli atti interni del CONAI (statuto, regolamenti, guide, etc.) sembrano così violare anche l'art. 221 cit., comma 10, che pone *“a carico dei produttori e degli utilizzatori”* i costi di gestione a fine vita degli imballaggi coperti grazie al CAC, per cui far versare quest'ultimo ai soli utilizzatori non appare in linea con tale norma e con il principio della responsabilità condivisa (di fatto si condivide la responsabilità, ma non l'onere finanziario).

⁶¹ CONAI, <http://www.conai.org/imprese/contributo-ambientale/>, <<Per prima cessione si intende il trasferimento, anche temporaneo e a qualunque titolo, nel territorio nazionale: dell'imballaggio finito effettuato dall'“ultimo produttore” al “primo utilizzatore” (...)>>.

⁶² <http://www.conai.org/imprese/contributo-ambientale/dichiarazione-e-versamento/>. v. anche la Guida al Contributo CONAI http://www.conai.org/wp-content/uploads/dlm_uploads/2017/03/Guida_Contributo_Conai_2017.pdf

cessione (utilizzatore che poi a sua volta riversa sui successivi soggetti della catena, come la GDO, tale costo, che in ultima istanza viene dunque sostenuto dai consumatori essendo inglobato nel prezzo di acquisto delle merci imballate).

Anche dal punto di vista sanzionatorio, il Legislatore nazionale commina le sanzioni per la violazione degli obblighi in materia di imballaggi tanto ai produttori, quanto agli utilizzatori (v. art. 261 TUA).

Ma i disallineamenti e le singolarità del sistema non si arrestano qui. Infatti, sebbene il Legislatore nazionale preveda, come detto, un regime di “responsabilità condivisa”, che finisce per chiamare in causa soprattutto gli utilizzatori (che pagano il CAC), a questi ultimi, tuttavia, viene negata sia la possibilità di attivare un proprio autonomo modello organizzativo per l’assolvimento di tali obblighi, sia quella di partecipare ai consorzi di filiera del CONAI.

Si consideri infatti, quanto al primo aspetto, che l’art. 221, comma 3, del TUA riconosce ai soli produttori la possibilità di creare un sistema di EPR autonomo rispetto a quello residuale CONAI e relativi consorzi di filiera. Tale limitazione della legittimazione a costituire sistemi autonomi è stata recentemente stigmatizzata anche dall’AGCM, che nella sua indagine più volte citata IC 49 ha rilevato quanto segue: *“L’art. 221, comma 3, TUA introduce una limitazione soggettiva alla possibilità di ricorrere ai sistemi di ottemperanza alternativi a CONAI. Esso, infatti, considera solo i produttori, ovvero, secondo quanto dispone l’art. 218, “i fornitori di materiali di imballaggio, i fabbricanti, i trasformatori e gli importatori di imballaggi vuoti e di materiali di imballaggio”, quali soggetti che possono costituire un sistema autonomo di gestione dei rifiuti da imballaggi. La previsione esclude, dunque, da tale possibilità operatori che comunque sono sottoposti all’onere e al pagamento del CAC, ma che soggettivamente non si qualificano come produttori. CONAI, infatti, impone il pagamento del contributo ambientale anche ad utilizzatori che autoproducono imballaggi e importano i materiali per tale autoproduzione, nonché a chiunque importi merci imballate. Un’intera categoria di operatori appare, dunque, tagliata fuori dalla possibilità di ottemperare ai propri obblighi derivanti dall’EPR in maniera alternativa rispetto all’adesione al sistema consortile”*⁶³. L’AGCM ha, quindi, concluso sul punto che *“la limitazione soggettiva imposta alla possibilità di costituire sistemi autonomi appare in contrasto anche con le previsioni comunitarie (...)”*⁶⁴.

⁶³ AGCM, IC 49 par. 618.

⁶⁴ AGCM, IC 49 nota 390.

Quanto, poi, al secondo aspetto, è da notare come le recenti modifiche (apportate con DM 3.5.2017⁶⁵) allo Statuto tipo dei consorzi di filiera del CONAI predisposto dal MATTM *ex art.* 223, comma 2, TUA, si spingono sino al punto di eliminare persino la possibilità per gli utilizzatori di partecipare a tali consorzi di filiera, con chiara violazione – visto che come detto sono gli utilizzatori a pagare il CAC – anche del principio “no taxation without representation”. La rappresentanza degli utilizzatori rimane così circoscritta solo all’interno del CONAI – che conta “*oltre 1.000.000 di imprese iscritte, ed è costituito dai produttori (0,7% dei consorziati) e dagli utilizzatori di imballaggi (restante 99,3%)*”⁶⁶ – ma non dei consorzi di filiera, che sono quelli che materialmente adempiono agli obblighi da EPR decidendone modalità organizzative/attuative e quindi determinandone i costi (coperti come detto dal CAC, gravante sui soli utilizzatori pur esclusi da tali consorzi).

Ed allora, appare evidente l’anomalia del sistema nazionale di EPR in materia di imballaggi, che da un lato ha declinato l’EPR come “responsabilità condivisa”, coinvolgendo quindi direttamente – dal punto di vista dell’onere finanziario – soprattutto gli utilizzatori, ma, dall’altro, nega ad essi qualsivoglia autonomia organizzativa/gestionale e rappresentanza nei consorzi di filiera, costringendoli dunque a “subire” passivamente i modelli organizzativi e le decisioni assunte dai produttori (in sede di consorzi di filiera di cui i produttori sono oggi più che mai – vista l’uscita “obbligata” degli utilizzatori⁶⁷ – il *dominus* assoluto).

Altro rilevante disallineamento investe, poi, direttamente l’“oggetto” su cui ricade l’EPR, ossia l’imballaggio a fine vita (*i.e.* rifiuto di imballaggio). Invero, sebbene la giurisprudenza europea⁶⁸ abbia già

⁶⁵ DM MATTM/MISE 3 maggio 2017, GU n.118 del 23.5.2017, Correttivo del decreto 24 giugno 2016 concernente l’approvazione dello schema di statuto-tipo per i Consorzi per gli imballaggi.

⁶⁶ AGCM, IC 49 par. 144.

⁶⁷ V. DM MATTM 3 maggio 2017 sopra cit.

⁶⁸ Sent. Tribunale UE, Prima Sezione del 24 maggio 2007, causa T-289/01, par. 164: “*è perfettamente possibile, come rilevato al punto 170 della decisione, ripartire per quote tra i differenti sistemi i quantitativi raccolti con le attrezzature per la raccolta*”; “*la concorrenza tra sistemi non si effettua sulla base dell’attribuzione di specifici imballaggi, ma sull’attribuzione delle masse di materiali corrispondenti a tali imballaggi*”. Corte UE, sent. Grande Sezione del 16 luglio 2009, causa C 385/07, par. 31 ss.; v. in particolare par. 50: “*il produttore o il distributore di imballaggi non trasferisce (...) un numero determinato di imballaggi destinati a essere contrassegnati dal logo [...], ma piuttosto un quantitativo di materiale che tale produttore o tale distributore vende (...) e che intende affidare al sistema (...) per la raccolta e il riciclaggio. È quindi possibile per un produttore o distributore di imballaggi fare ricorso a sistemi misti per conformarsi ai tassi di riciclaggio stabiliti nel decreto*”; par. 110: non è “*determinante accertare se un imballaggio rechi o meno il logo*”, ma piuttosto “*unicamente che i*

più volte avuto modo di chiarire che in materia di EPR (e in particolare di imballaggi) occorre operare a fine vita esclusivamente per quantitativi/volumi di una certa tipologia di imballaggi (ad es. lattine in alluminio), riciclando quindi, rispetto al proprio immesso a consumo, un certo numero di ton. di tale tipologia, la prassi (*contra legem*) sin qui seguita dal MATTM in sede di riconoscimento dei sistemi autonomi⁶⁹ è andata, invece, nel senso di imporre alle imprese i c.d. meccanismi di etichettatura selettiva (*i.e.* possibilità di recuperare solo i propri specifici imballaggi contraddistinti, tramite etichetta *ad hoc* o altro meccanismo, da quelli, seppur della medesima tipologia, di altri produttori)⁷⁰.

Etichettatura selettiva che, si osservi, oltre a non essere compatibile con il diritto europeo (perché rappresenta una barriera all'ingresso nel mercato, v. *infra*), conduce a conseguenze paradossali (non essendo pensabile che, dopo la fase comune della raccolta comunale, vi sia qualcuno che selezioni gli enormi quantitativi di rifiuti da imballaggi separando ad es. una per una le lattine con un certo marchio, da quelle con marchio diverso) e nulla aggiunge dal punto di vista della tutela ambientale⁷¹ (per cui quel che conta, proseguendo nell'esempio, è esclusivamente recuperare le lattine, qualunque marchio esse abbiano, così come, *mutatis mutandis*, l'importante è recuperare un certo quantitativo di CO₂, indipendentemente da chi l'abbia concretamente emessa).

Ma forse il disallineamento più radicale rispetto alle indicazioni provenienti dal diritto europeo attualmente vigente va ravvisato nelle chiusure anticoncorrenziali del sistema italiano di EPR, peraltro intimamente connesse con le criticità sopra affrontate (mancato riconoscimento agli utilizzatori, che pur condividono con i produttori gli oneri da EPR e pagano il CAC, della legittimazione a costituire sistemi autonomi e della rappresentanza nei consorzi di filiera; imposizione dei "propri" intesi come specifici

quantitativi di materia da riciclare immessi sul mercato dal produttore o dal distributore siano effettivamente raccolti e riciclati e che i tassi di riciclaggio (...) siano così raggiunti?

⁶⁹ *Ex art.* 221, comma 3, lett. a) del TUA. Ad oggi i sistemi autonomi riconosciuti nel settore della plastica risultano essere quelli di ALIPLAST/PARI (imballaggi secondari e terziari flessibili in LDPE) e di CONIP (pallet e cassette in plastica per ortofrutta).

⁷⁰ E ciò sulla base del fatto che il Legislatore nazionale utilizza l'espressione "propri rifiuti di imballaggio" nella lett. a) sopra cit.

⁷¹ V. Corte UE, sent. Grande Sezione del 16 luglio 2009, causa C 385/07 cit., par. 31 e par. 110: non è "determinante accertare se un imballaggio rechi o meno il logo", ma piuttosto "unicamente che i quantitativi di materia da riciclare immessi sul mercato dal produttore o dal distributore siano effettivamente raccolti e riciclati e che i tassi di riciclaggio (...) siano così raggiunti?".

imballaggi marchiati, senza quindi poter operare per volumi di imballaggi equivalenti come invece vuole la giurisprudenza europea, il che come detto rappresenta una barriera all'ingresso nel mercato).

Mentre, infatti, la direttiva imballaggi - fermo il margine di apprezzamento attualmente riconosciuto agli Stati in assenza dei predetti "requisiti minimi" sui sistemi di EPR in corso di approvazione a livello UE - sancisce il principio per cui detti sistemi devono comunque essere "*aperti alla partecipazione degli operatori economici dei settori interessati e alla partecipazione delle competenti autorità pubbliche*" e "*concepiti in modo da evitare ostacoli agli scambi o distorsioni della concorrenza in conformità con il trattato*"⁷², in Italia si può affermare come tale principio non venga osservato (v. ampiamente sul punto AGCM, IC 49 cit.⁷³). La normativa nazionale⁷⁴ infatti, per come formulata, ma soprattutto interpretata e applicata (v. la questione dei "propri"), finisce per attribuire al sistema CONAI-consorzi di filiera – soggetti privati che operano con risorse private e a cui si è riconosciuta una sorta di "potestà impositiva" nei confronti dei propri consorziati – un vero e proprio monopolio di fatto⁷⁵.

Monopolio, peraltro, del tutto svincolato da incisivi e penetranti controlli pubblicitari (ad es. sul raggiungimento degli obiettivi di recupero e riciclo⁷⁶, sulla correttezza e affidabilità dei relativi dati, sulla

⁷² Art. 7, paragrafo 1, comma 2, direttiva 94/62/CE.

⁷³ V. anche le recenti dichiarazioni del Ministro dell'Ambiente, che ha dichiarato davanti alla XIII Commissione Territorio, Ambiente, Beni Ambientali del Senato, nella seduta del 19.4.2017, che "(...) occorre riconoscere tuttavia, senza pregiudizi, la mancanza di concorrenza, ragionando insieme per rendere il sistema più competitivo, con regole più certe e precise e tenendo conto delle complessità da affrontare anche a livello europeo (...)".

⁷⁴ Per un interessante *excursus* su tale normativa, con relativa analisi delle modifiche susseguitesi nel corso del tempo che l'hanno improntata a dinamiche più o meno anticoncorrenziali, si v. AGCM, segnalazione AS080 - recepimento direttive comunitarie in materia di rifiuti del 28 novembre 1996, nonché AGCM, IC 49 cit., parr. 138 ss.

⁷⁵ AGCM, IC 49, che ha analizzato proprio "*la struttura del sistema di compliance all'EPR scelto dal Legislatore italiano per garantire l'assolvimento degli obblighi ambientali da parte dei produttori di imballaggi, fondato sul sostanziale monopolio dei consorzi di filiera, e i suoi effetti sulla concorrenza nel mercato della vendita degli imballaggi, nonché sul raggiungimento degli obiettivi ambientali*" (p. ii). In tale indagine l'AGCM ha concluso sul punto come segue: "*l'analisi svolta nell'Indagine suggerisce (...) che il modello basato sul sistema consortile, ora strutturato sostanzialmente come un monopolio, non consente di raggiungere tutti gli obiettivi propri del principio di EPR che, invece, un vero e proprio mercato dei sistemi di compliance consentirebbe di conseguire con maggiore efficacia*" (p. IX, par. 41).

⁷⁶ Si ricorda sul punto che nell'indagine IC 49 l'AGCM ha osservato come "*per i rifiuti da imballaggi in acciaio, carta, legno e plastica, da solo, il sistema consortile riesce ad avviare a riciclo quantità di imballaggi ben al di sotto di quelle che sarebbero necessarie per ottemperare alle disposizioni del TUA. Pertanto, il contributo degli operatori indipendenti è a tal fine essenziale*" (relazione IC 49, p. 172, punto 599).

modulazione del CAC in ragione dell'effettiva riciclabilità dell'imballaggio⁷⁷, etc.). Si tratta, invero, di un sistema che dovrebbe essere residuale (ossia a partecipazione obbligatoria solo ove, per libera scelta imprenditoriale, non si siano costituiti sistemi autonomi alternativi), ma che di fatto diviene l'unica modalità organizzativa a disposizione dei produttori-utilizzatori per adempiere agli obblighi da EPR⁷⁸, visto che i requisiti per la costituzione dei sistemi autonomi, o comunque la prassi e le interpretazioni ministeriali in materia, finiscono per vanificare o rendere oltremodo gravosa l'opzione (pur prevista dal Legislatore "sulla carta") dei sistemi alternativi di EPR⁷⁹.

Basti osservare sul punto, oltre a quanto visto sopra sulla mancata legittimazione degli utilizzatori e sui "propri", che le imprese che vogliano attivare un sistema autonomo alternativo al CONAI e al relativo consorzio di filiera debbono sottoporsi, a differenza di questi ultimi, ad un complesso procedimento di riconoscimento, dalla lunga e altresì incerta durata⁸⁰, in cui peraltro – sino alla recente riforma realizzata

⁷⁷ Sul punto si segnala che, come recentemente stigmatizzato anche dall'AGCM, il CAC CONAI non è modulato in funzione della riciclabilità dell'imballaggio, ma esclusivamente a seconda del materiale impiegato per la sua produzione (la carta paga 4 € a ton., la plastica 188 € a ton., etc., v. <http://www.conai.org/imprese/contributo-ambientale/>). In altre parole, all'interno del medesimo materiale (ad es. la plastica) tutti gli imballaggi pagano il medesimo CAC, anche se uno è riciclabile e quindi genera minori costi a fine vita e l'altro no e quindi genera maggiori costi, dovendo essere smaltito in discarica o termovalorizzato. Mentre, come correttamente ricordato dall'Antitrust, "*in tutti i principali paesi esaminati, a differenza dell'Italia, si applica una differenziazione, nell'ambito degli imballaggi primari, del contributo ambientale, (ad esempio – nella plastica - a seconda del polimero e talvolta del colore di quest'ultimo) al fine di riflettere il livello di riciclabilità del prodotto*" (AGCM, IC 49, p. 182, nota 397).

⁷⁸ Si segnala sul punto anche il procedimento AGCM A476 aperto contro CONAI/COREPLA per possibili violazioni dell'articolo 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea in relazione a condotte volte a ostacolare o ritardare l'ingresso sul mercato di altri sistemi autonomi di gestione dei rifiuti da imballaggi in plastica speciali. Tale procedimento si è concluso con l'accettazione degli impegni presentati da tali consorzi finalizzati a non ostacolare o ritardare l'ingresso sul mercato di altri sistemi (<http://www.agcm.it/stampa/comunicati/7846-a476-accettati-gli-impegni-di-conai-e-corepla-nel-mercato-dei-rifiuti-da-imballaggi-in-plastica.html>).

⁷⁹ Ciò soprattutto per quanto riguarda gli imballaggi primari, definiti nell'art. 3 della direttiva 94/62 come "*«imballaggio per la vendita o imballaggio primario»*, cioè imballaggio concepito in modo da costituire nel punto di vendita un'unità di vendita per l'utente finale o il consumatore" (ad es. le predette lattine o le bottiglie o i flaconi), che provenendo da circuito domestico (cittadini) hanno bisogno di essere intercettati e raccolti su tutto il territorio nazionale per il tramite della raccolta comunale.

⁸⁰ L'art. 221 TUA prevede il termine di 90 gg. per la conclusione di tale procedimento ma nella prassi detto termine non viene rispettato e il procedimento dura diversi anni. Basti considerare che nel caso di ALIPLAST/PARI (imballaggi secondari e terziari flessibili in LDPE) l'istanza di riconoscimento è stata presentata il 7.5.2008 e, dopo numerose vicende e

con la legge annuale sulla concorrenza⁸¹ che ha visto per la prima volta la luce nel 2017⁸² – veniva chiamato ad esprimersi su tale progetto di sistema autonomo non un soggetto terzo e indipendente, bensì proprio il CONAI⁸³, ossia il *competitor* monopolista di fatto da cui le imprese intendano uscire. Ancora, sempre prima di tale recente riforma, durante tale *iter* di riconoscimento⁸⁴, che nella prassi ministeriale dura diversi anni, le imprese che intendevano attivare il sistema autonomo e che fossero state autorizzate dal MATTM ad avviare la relativa sperimentazione dovevano comunque continuare a corrispondere il CAC al CONAI durante tale sperimentazione e sino al provvedimento di riconoscimento definitivo, che come detto può intervenire anche dopo diversi anni. In questo modo, veniva di fatto resa impossibile (per gli imballaggi primari), o comunque oltre modo gravosa (per i secondari e terziari), l’attivazione e il riconoscimento di nuovi sistemi autonomi, stante l’obbligo, da un lato, di investire le risorse necessarie al funzionamento del sistema autonomo e, dall’altro, di continuare per diversi anni a corrispondere il CAC. Si era quindi in presenza di una sorta di “doppia tassazione”,

contenziosi, il riconoscimento definitivo è intervenuto solo nell’agosto del 2014, dunque dopo ben sei anni. Nel caso di CONIP, l’altro sistema autonomo ad oggi autorizzato sempre nel mercato degli imballaggi secondari e terziari (pallet in plastica), l’istanza di riconoscimento è stata presentata il 30.7.2012 e il riconoscimento definitivo è intervenuto solo l’8.4.2016, dunque dopo quasi quattro anni (peraltro in precedenza il consorzio aveva ottenuto, non senza difficoltà e lungaggini burocratiche, il riconoscimento per la gestione delle cassette in plastica per ortofrutta).

⁸¹ Legge 4 agosto 2017, n. 124, Legge annuale per il mercato e la concorrenza.

⁸² Si tratta di una legge annuale prevista dall’art. 47 Legge 23/07/2009, n.99, finalizzata a “rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo o amministrativo, all’apertura dei mercati?” e a “promuovere lo sviluppo della concorrenza e di garantire la tutela dei consumatori?” (art. 47 cit.), occasionata dalla relazione annuale presentata al Governo dall’AGCM.

⁸³ Art. 221, comma 5, TUA.

⁸⁴ Su cui ha fatto luce anche il giudice amministrativo, e in particolare il Consiglio di Stato con la sent. n. 3362/2013, chiarendo che tale complesso procedimento si articola in due fasi: prima fase - raccolta della documentazione prodotta dall’istante e rilascio, sulla base di un giudizio prognostico all’esito di una verifica documentale dell’idoneità del progetto, di un provvedimento autorizzatorio per l’attivazione provvisoria del sistema di gestione autonoma, accompagnato dalla previsione di una serie di prescrizioni e precisazioni; seconda fase - accertamento *ex post* dell’effettivo funzionamento del sistema autonomo, verifica del conseguimento degli obiettivi di recupero/riciclo nonché del rispetto delle prescrizioni imposte col precedente provvedimento.

sempre per finalità di recupero e riciclo degli imballaggi immessi a consumo, chiaramente in contrasto con il diritto e la giurisprudenza europea⁸⁵.

Su entrambi tali aspetti si registra, come detto, il positivo intervento della legge sulla concorrenza⁸⁶. Tale legge ha infatti eliminato il coinvolgimento del CONAI in sede di riconoscimento dei sistemi autonomi (il parere sarà rilasciato dall'ISPRA) e ha ripristinato la formulazione originaria dell'art. 221 del TUA, che stabiliva “a monte” la non debenza del CAC a seguito del riconoscimento provvisorio (prima autorizzazione documentale da parte del MATTM) del sistema autonomo⁸⁷ e, “a valle”, in caso di mancato riconoscimento definitivo (a seguito del periodo sperimentale) o di revoca dell'autorizzazione, l'obbligo di corrispondere, con effetto retroattivo e con gli interessi di mora, il CAC da parte dei promotori del sistema autonomo entro novanta giorni dal ricevimento del provvedimento di mancato riconoscimento o di revoca dell'autorizzazione, con l'aggiunta delle sanzioni pecuniarie di cui all'art. 261 del TUA in caso di mancato versamento del CAC entro i predetti novanta giorni.

7. Conclusioni

Si è già visto sopra che il Parlamento europeo ha di recente inserito tra i principali “strumenti economici” per promuovere il passaggio verso un'economia circolare proprio l'EPR⁸⁸. Partendo da tale

⁸⁵ Quest'ultima ha infatti già chiarito che un sistema di EPR non può legittimamente percepire un compenso per un servizio che di fatto non svolge [Corte UE, sent. Grande Sezione del 16 luglio 2009, causa C 385/07, par. 37, 38, 39, 52 e 53: “52 (...) le necessità proprie del funzionamento del sistema DSD (*mutatis mutandis*, del sistema CONAI, n.d.r.) non possono essere in grado di giustificare il comportamento della ricorrente (...) consistente nel pretendere il pagamento di un corrispettivo per l'intero quantitativo di imballaggi in circolazione in Germania con il logo [DGP], persino quando sia fornita la prova che alcuni di tali imballaggi sono stati ripresi e riciclati da un altro sistema con esonero o da una soluzione autonoma». 53 Il Tribunale ha concluso, al punto 164 della sentenza impugnata, che «né il decreto sugli imballaggi né il diritto dei marchi né le necessità proprie del funzionamento del sistema DSD autorizzano la ricorrente a pretendere dalle imprese, che ricorrono al suo sistema, il pagamento di un corrispettivo per l'intero quantitativo di imballaggi in circolazione in Germania con il logo [DGP], quando tali imprese forniscono la prova che esse non ricorrono al sistema DSD per una parte o per la totalità di tali imballaggi»].

⁸⁶ Articolo 1, comma 120, della Legge 4 agosto 2017, n. 124.

⁸⁷ Al fine di garantire ai soggetti promotori di tale sistema di poter disporre delle risorse economiche necessarie – nella fase di autorizzazione sperimentale successiva al riconoscimento provvisorio – per implementare il sistema autonomo, raggiungere gli obiettivi di legge di recupero/riciclo ed ottenere, così, il riconoscimento definitivo.

⁸⁸ Parlamento europeo, emendamento 234, votato il 14.3.2017, alla proposta della Commissione europea 2015/0275 (COD) volta a modificare la direttiva 2008/98 relativa ai rifiuti, che inserisce l'“elenco indicativo degli strumenti per promuovere il passaggio verso un'economia circolare”, tra cui appunto, nella sezione “strumenti economici”, i regimi di responsabilità del produttore.

considerazione, e alla luce delle sopra descritte criticità del sistema nazionale di EPR in materia di imballaggi, sembra purtroppo doversi constatare che, alla prova dei fatti, l'economia circolare stenti ancora a decollare.

Per invertire rapidamente la rotta, senza cadere nella “trappola” della riforma organica (pur necessaria per alcuni aspetti, v. *infra*), appare necessaria, anzitutto, una poderosa opera di reinterpretazione della normativa vigente in senso “comunitariamente orientato”, che riallinei sin da subito il sistema nazionale alle chiare e immediatamente precettive indicazioni provenienti dal diritto europeo e relativa giurisprudenza (anzitutto in punto di apertura dell’ordinamento alle dinamiche concorrenziali, favorendo la nascita di nuovi sistemi di EPR che possano contribuire al raggiungimento di obiettivi di recupero e riciclo più sfidanti⁸⁹), evitando, così, anche l’apertura di una nuova procedura di infrazione per violazione della direttiva imballaggi e della normativa *antitrust*.

In secondo luogo, una volta che saranno stati definitivamente approvati dalle istituzioni europee i suddetti “requisiti minimi” in materia di EPR comuni a tutti gli Stati membri, occorrerà, poi, indubbiamente metter mano alla normativa vigente (questa volta sì con lo strumento della riforma organica) per uniformarsi a tali requisiti. In particolare, tale riforma organica, pur nel rispetto della natura privatistica/di mercato dello strumento (EPR) e dei relativi *compliance schemes* (CONAI - consorzi di filiera e sistemi autonomi), dovrà rafforzare quei “*correttivi di stampo pubblicistico*”⁹⁰ – attualmente del tutto insufficienti⁹¹ – posti a presidio del raggiungimento degli obiettivi di tutela dell’ambiente e a salvaguardia delle dinamiche concorrenziali del sistema.

⁸⁹ Si ricorda infatti che “*in Italia esistono due driver nell’avvio a riciclo dei rifiuti da imballaggio immessi al consumo*” e che “*per i rifiuti da imballaggi in acciaio, carta, legno e plastica, da solo, il sistema consortile riesce ad avviare a riciclo quantità di imballaggi ben al di sotto di quelle che sarebbero necessarie per ottemperare alle disposizioni del TUA. Pertanto, il contributo degli operatori indipendenti è a tal fine essenziale*” (AGCM, IC 49 cit., par. 599 e tabella 21 a p. 172).

⁹⁰ Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. 24 settembre 2015, n. 4475 cit.

⁹¹ Come dimostra il fenomeno del CAC unico non legato all’effettivo livello di riciclabilità dell’imballaggio, o ancora il mancato raggiungimento da parte del sistema CONAI, per alcune filiere come ad es. la plastica, degli obiettivi di recupero e riciclo se non grazie ai sistemi indipendenti che pur vengono di fatto ostacolati.

Ciò, sull'assunto, condiviso da chi scrive non tanto per ragioni di filosofia politica, ma per osservazione diretta dei dati e delle dinamiche di funzionamento del sistema⁹², che nel settore in esame *“la concorrenza contribuisce a raggiungere gli obiettivi di carattere ambientale”*⁹³.

Ed allora, tale riforma organica sarà l'occasione per introdurre finalmente nel nostro ordinamento quegli strumenti regolatori, di sorveglianza e di controllo tipici dei mercati liberalizzati “maturi” e con forti interessi pubblici da salvaguardare. Il riferimento è ovviamente a quell’*“adeguato quadro di controllo e garanzia”* che assicuri *“che i produttori dei prodotti rispettino i loro obblighi in materia di responsabilità estesa, gli strumenti finanziari siano utilizzati correttamente e tutti i soggetti coinvolti nell'attuazione del regime comunichino dati affidabili”*, e all'istituzione di quella *“autorità indipendente incaricata di sorvegliare l'attuazione degli obblighi derivanti da tale regime”*⁹⁴ e di garantire il libero confronto concorrenziale.

Da questo punto di vista, la riforma organica è senz'altro necessaria (posto che attualmente mancano i predetti strumenti regolatori, di sorveglianza e controllo e ciò costituisce un'anomalia del sistema).

Il che però, si badi bene, non può e non deve impedire – come invece è avvenuto sino ad ora tutte le volte in cui si è fatto appello alla necessità della riforma organica per stralciare taluni emendamenti migliorativi del sistema – di risolvere nell'immediatezza quei disallineamenti che non richiedono di “scomodare” il Legislatore, ma sono agevolmente superabili semplicemente applicando correttamente il diritto europeo e la giurisprudenza della Corte di giustizia.

Ciò *a fortiori*, ove si consideri che le chiusure anticoncorrenziali del sistema italiano di EPR in materia di imballaggi e lo *status* privilegiato riconosciuto all'operatore privato monopolista di fatto (CONAI - consorzi di filiera) rappresentano un *unicum* all'interno dello stesso ordinamento italiano. Quest'ultimo infatti, come sopra accennato, in recepimento del diritto europeo applica il regime dell'EPR anche in altri settori, e precisamente in quello dei RAEE⁹⁵ e delle pile/batterie⁹⁶, senza tuttavia creare in essi

⁹² V. ancora AGCM, IC 49 cit., tabella 21 a p. 172 con rielaborazione dei dati ISPRA.

⁹³ AGCM, IC 49 cit., par. 45.

⁹⁴ Commissione europea, proposta 2015/0275 (COD) volta a modificare la direttiva 2008/98 relativa ai rifiuti, nuovo art. 8 *bis*, e relativi emendamenti votati dal Parlamento europeo il 14 marzo 2017.

⁹⁵ D.lgs. n. 49/2014, attuazione della direttiva 2012/19/UE sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche, che ha sostituito e abrogato il precedente testo di riferimento rappresentato dal d.lgs. n. 151/2005.

⁹⁶ D.lgs. n. 188/2008, attuazione della direttiva 2006/66/CE concernente pile, accumulatori e relativi rifiuti e che abroga la direttiva 91/157/CEE.

monopoli di fatto o attribuire status privilegiati ad uno degli operatori. Si tratta, invero, di settori informati, a differenza del mercato degli imballaggi, in cui il pluralismo è solo “sulla carta” (l’opzione per i sistemi autonomi è come visto meramente teorica), ad un vero pluralismo, in cui l’adempimento degli obblighi da EPR è assicurato non da un unico operatore, ma da una pluralità di sistemi individuali o collettivi (questi ultimi organizzati sempre in forma consortile), che costituiscono e sono riuniti a loro volta sotto un Centro di coordinamento (consorzio con personalità giuridica di diritto privato composto da tutti i sistemi collettivi) incaricato di ottimizzare, uniformando le relative modalità e condizioni, la raccolta, il ritiro e la gestione di tali rifiuti in modo omogeneo su tutto il territorio nazionale da parte dei sistemi collettivi⁹⁷.

In altre parole, il dato normativo – applicativo nazionale vede il Legislatore italiano aver declinato l’EPR in senso monopolistico/anticoncorrenziale (monopolio di fatto ma non di diritto, lo si ribadisce) nel settore più “risalente” (quello degli imballaggi, direttiva 1994/62), mentre in senso pluralista/concorrenziale nei settori più “recenti” (RAEE, direttiva 2012/19/UE e pile/batterie, direttiva 2006/66/CE).

Il che dimostra peraltro, oltre ad una singolare anomalia del nostro ordinamento, la bontà della scelta delle istituzioni europee di introdurre requisiti minimi vincolanti per tutti gli Stati in materia di regimi di EPR, proprio per evitare fenomeni come quelli *de quibus* che minano alla radice l’efficacia dell’EPR e ostacolano la transizione verso l’economia circolare.

⁹⁷ V. art. 33 d.lgs. n. 49/2014 e artt. 16 ss. d.lgs. n. 188/2008.